



KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN
FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID

De staat van de transseksuele persoon

Rechtsvergelijkende analyse en proeve van oplossing naar Belgisch recht

I

Promotor : Prof. Dr. P. Senaeve

Proefschrift ingediend door
Kristof Uytterhoeven,
met het oog op het behalen van de graad van
Doctor in de Rechten

november 2000

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE TIJDSCHRIFTEN

A. Ae.	Ars Aequi
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation. Chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambre criminelle
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Cl. et B.	Jurisprudence des tribunaux de première instance en matière civile, commerciale et correctionnelle, des justices de paix et de simple police (Cloes et Bonjean)
D.	Dalloz Recueil
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
Dr. Enf. Fam.	Droit de l'Enfance et de la famille
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
Eur. Psychiatry	European Psychiatry
F.J.R.	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
Gaz. Pal	Gazette du Palais. Recueil bimestrielle
I.J.T.	The International Journal of Transgenderism (URL: http://www.symposion.com/ijt)
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht
J. Am. Acad. Child Adolesc. Psychiatry	Journal of the American Adademy of Child & Adolescent Psychiatry
J.C.P.	Juris-classeur périodique. La semaine juridique
J.D.I.	Journal du Droit international
JZ	Juristenzeitung
Kamerst.	(Nederlandse) Kamerstukken
MedR	Medizinrecht
Ned. Tijdschr. Gen.	Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde
N.J.	Nederlandse Jurisprudentie
N.J.B.	Nederlands Juristenblad
N.J.C.M.	Nederlands Tijdschrift voor Mensenrechten

NJW	Neue juristische Wochenschrift
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
Pand. Pér.	Pandectes périodiques. Recueil de jurisprudence, de législation et de doctrine
Pers. Stat.	Het Personeel Statuut
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rev. crit. dr. internat. privé	Revue critique de droit international privé
Rev. dr. pén.	Revue de droit pénal et de criminologie
R.D.S.S.	Revue trimestrielle de Droit sanitaire et social
Rev. Med. Liège	Revue médicale de Liège
Rev. Dr. publ.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rev. tr. Dr. civ.	Revue trimestrielle de Droit civil
Rev. tr. Dr. Hom.	Revue trimestrielle des Droits de l'Homme
R.J.D.	Reports of Judgments and Decisions
R.U.D.H.	Revue Universelle des Droits de l'Homme
S.	Recueil Sirey
StAZ	Das Standesamt. Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands
Stb.	(Nederlands) Staatsblad
TvGR.	(Nederlands) Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung
Yearbook	Yearbook of the European Convention on Human Rights

REDACTIONELE AFKORTINGEN

1. Internationaal recht

I.V.R.K.	Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind
----------	---

2. Europees recht

E.V.R.M.	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens
Parl. Verg.	Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa

3. Frans recht

Agen	Cour d'appel d'Agen
Aix-en-Provence	Cour d'appel d'Aix-en-Provence
Bordeaux	Cour d'appel de Bordeaux
Caen	Cour d'appel de Caen
Cass. fr.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. déont. méd.	Décret n° 95-1000 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, <i>J.C.P.</i> 1995, III, nr. 67617.
C. pén.	Code pénal
Colmar	Cour d'appel de Colmar
Chron.	Chronique
Doct.	Doctrine
Douai	Cour d'appel de Douai
I.R.	Informations rapides
Jur.	Jurisprudence
Lég.	Législation
Limoges	Cour d'appel de Limoges
Montpellier	Cour d'appel de Montpellier
Nancy	Cour d'appel de Nancy
N.C.P.C.	nouveau Code de procédure civile
Nîmes	Cour d'appel de Nîmes

Paris
Rennes
R. Som.
Som.
T.G.I.
Toulouse
Versailles

Cour d'appel de Paris
Cour d'appel de Rennes
Recueil des sommaires
Sommaires commentés
Tribunal de Grande Instance
Cour d'appel de Toulouse
Cour d'appel de Versailles

3. Nederlands recht

Amsterdam
Arnhem
Arr.-Rb.
B.B.S. 1994

Gerechtshof te Amsterdam
Gerechtshof te Arnhem
(Nederlandse) Arrondissementsrechtbank
Besluit 25 februari 1994, *Stb.* 1994, 160, houdende vaststelling van een algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van het bepaalde in Titel 4 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, als vastgesteld bij wet van 14 oktober 1993, *Stb.* 1993, 555, zoals dit besluit is gewijzigd bij de besluiten van 15 juli 1994, *Stb.* 1994, 571 en 19 december 1994, *Stb.* 1994, 900.

Besluit OMV

Besluit 14 november 1986 tot hernieuwde vaststelling van het Besluit oproepingen en mededelingen verzoekschriftprocedure, *Stb.* 1986, 578

E.K.
H.R.
Ktg.
M.v.A.
N.B.W.
Pres.
R.O.
Rv.

Eerste Kamer
Hoge Raad der Nederlanden
Kantongerecht
Memorie van Antwoord
Nederlands Burgerlijk Wetboek
President
Wet op de rechterlijke organisatie
(Nederlands) Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Gerechtshof te 's-Gravenhage
Gerechtshof te 's-Hertogenbosch
(Nederlands) Wetboek van Strafrecht

's-Gravenhage
's-Hertogenbosch
Sr.

T.K.

Tweede Kamer

4. Duits recht

AG

Amtsgericht

BayObLG

Bayerisches Oberstes Landesgericht

BGB

Bürgerliches Gesetzbuch

BGH

Bundesgerichtshof

BVerfG

Bundesverfassungsgericht

DA

Dienstanweisung für die Landesbeamten und
ihre Aufsichtsbehörden

FGG

Gesetz über die Angelegenheiten der
freiwilligen Gerichtsbarkeit

GG

Grundgesetz

HansOLG

Hanseatisches Oberlandesgericht

KG

Kammergericht

LG

Landgericht

MBO-Ä 1997

(Muster-)Berufsordnung für die deutschen
Ärztinnen und Ärzte, *Deutsches Ärzteblatt*
1997, A-2354.

NamÄndG

Gesetz 5 januari 1938 über die Änderung von
Familiennamen und Vornamen,
Reichsgesetzblatt 1938, I, 9.

OLG

Oberlandesgericht

PStG

Personenstandsgesetz

StGB

Strafgesetzbuch

TSG

Gesetz 10 september 1980 über die Änderung
der Vornamen und die Feststellung der
Geschlechtszugehörigkeit in besonderen
Fällen (Transsexuellengesetz), *BGBL.* 1980, I,
1654.

ZPO

Zivilprozeßordnung

INHOUD

LIJST VAN DE VERKORT AANGEHAALDE TIJDSCHRIFTEN	i
REDACTIONELE AFKORTINGEN	iii
INHOUD	vi
INLEIDENDE TITEL	1
HOOFDSTUK I. VOORWERP, DOELSTELLING EN METHODE VAN DE STUDIE	1
Afdeling 1. Voorwerp	1
§1. Algemeen	1
§2. Het begrip “transseksualiteit”	2
A. De verschillende geslachtskenmerken	2
B. Definitie van transseksualiteit	3
C. Aflijning van het begrip	5
1. Transseksualiteit is geen vorm van (fysieke) interseksualiteit	5
2. Geen homoseksualiteit	7
3. Het (graduele) onderscheid met travestie	8
D. Belang van de studie	8
§3. Overzicht van de juridische problematiek	10
Afdeling 2. Doelstelling	11
Afdeling 3. Methode	12
§1. Algemeen	12
§2. Uitwerking van de rechtsvergelijkende methode	15
A. De keuze van een probleem-georiënteerde functionele methode	15
B. De selectie van de buitenlandse rechtssystemen	17
C. De simultane weergave van de onderzoeksresultaten	19
HOOFDSTUK II. MEDISCHE EN PSYCHOSOCIALE BENADERING VAN TRANSSEKSUALITEIT	20
Afdeling 1. Situering	20
Afdeling 2. Het detransseksualisatieproces	20
§1. Overzicht	20
§2. De diagnosestelling	22
A. Criteria	22
B. De diagnostische fase	23
§3. De hormonale behandeling	24

§4. De heelkundige ingrepen	26
A. Van man naar vrouw	26
1. De creatie van vrouwelijke uitwendige genitalia	26
2. Bijkomende ingrepen	27
a) Augmentatieve mammoplastiek	27
b) Electriche en/of subcutane epilatie	27
c) Larynxfeminisatie	28
B. Van vrouw naar man	28
Afdeling 3. Mogelijke etiologische verklaringen	30
§1. Overzicht	30
§2. Biomedische denkmodellen	30
§3. Psychologische theorieën	33
 TITEL I. TRANSSEKSUALITEIT EN DE MENSENRECHTEN	 35
 INLEIDING	 35
Afdeling 1. Afbakening van de te bespreken materie	35
Afdeling 2. Selectie van de bronnen	35
 HOOFDSTUK I. HET RECHT OP VRIJWARING TEGEN ONMENSELIJKE OF VERNEDERENDE BEHANDELINGEN EN BESTRAFFINGEN	 38
Afdeling 1. Inleiding	38
Afdeling 2. Het afwijzen van een juridische geslachtsverandering	39
Afdeling 3. Het verbod van de geslachtsaanpassende behandeling	42
 HOOFDSTUK II. HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN HET PRIVÉ-LEVEN EN DE JURIDISCHE ERKENNING VAN DE GESLACHTSIDENTITEIT	 44
Afdeling 1. Inleiding	44
Afdeling 2. Geen willekeurige inmenging in het privé-leven van transseksuelen	45
Afdeling 3. De positieve verplichting tot wijziging van de staat van de persoon ná het ondergaan van een geslachtsoperatie	47
§1. De maximalistische opvatting van de voormalige Europese Commissie	47
A. De genderidentiteit als constitutief bestanddeel van de juridische geslachtsbepaling	47
B. Voorwaarden	49
1. Het ondergaan van een medische behandeling die de geslachtswijziging tot gevolg heeft	49
2. De vereiste van een “lawful treatment”	51

C. Geen rechtvaardiging door redenen van algemeen belang	52
§2. De afwijzende houding van het Europese Hof (1986-1990)	52
A. De zaak Rees tegen het Verenigd Koninkrijk	52
B. De verdere ontwikkelingen op Europees vlak	56
1. De bevestiging van het Rees-arrest	56
2. Naar een herziening van de ruime appreciatiemarge ?	58
§3. B. tegen Frankrijk (1992) : een gemiste kans	59
§4. De zaak D.N. tegen Frankrijk (1995)	63
§5. De overruling van de Rees-doctrine door de Europese Commissie: de zaken Kristina Sheffield en Rachel Horsham tegen het Verenigd Koninkrijk (1997)	65
§6. Het arrest Sheffield en Horsham : een dubbeltje op zijn kant ?	72
Afdeling 4. Besluit	77
 HOOFDSTUK III. TRANSSEKSUALITEIT, AFSTAMMINGSRECHT EN HET RECHT OP GEZINSLEVEN	78
Afdeling 1. X., Y. en Z. tegen het Verenigd Koninkrijk : probleemstelling	78
Afdeling 2. Het bestaan van gezinsleven in de zin van artikel 8 E.V.R.M.	79
Afdeling 3. De erkenning van het vaderschap van een post-operatieve vrouw-naar-man-transseksueel en het recht op eerbiediging van het gezinsleven	82
§1. Inleiding	82
§2. De stelling van de Europese Commissie	82
§3. De afwijzende houding van het Europese Hof	85
Afdeling 4. Beoordeling	87
 HOOFDSTUK IV. HET RECHT OP HUWELIJK	92
Afdeling 1. Draagwijdte van artikel 12 E.V.R.M.	92
Afdeling 2. Het geslachtsverschil als voorwaarde voor het huwelijk	93
§1. Probleemstelling	93
A. Vooropstelling : de heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk	93
B. Parameters bij de beoordeling van het geslachtsverschil	94
§2. Door de Straatsburgse organen behandelde hypothesen	95
A. De zaken Van Oosterwijck, Rees, Cossey, W. en Sheffield en Horsham	95
1. Overzicht	95
2. Eerste stelling : het geslacht als statisch gegeven	96
a) Het genetische geslacht als enig determinerend geslachtskenmerk	96
b) Motivering	98
i) De verwijzing naar het traditionele huwelijk	98
ii) Procreatie als doelstelling van het huwelijk	100

3. Tweede stelling : het geslacht als evolutief gegeven	103
a) De globale beoordeling van het geslachtstoebehoren	103
b) Voorwaarden	104
i) Het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling	104
ii) De onvruchtbaarheid en de impotentie als mogelijke huwelijksbeletselen	105
B. De zaak Eriksson & Goldschmidt	106
C. Besluit : de doorslaggevende kenmerken bij de geslachtsbepaling met het oog op het sluiten van een huwelijk	107
Afdeling 3. Toepassing van de gevonden criteria : een poging tot classificatie	108
Bijlage : negenenveertig relatievormen geclassificeerd	109
 HOOFDSTUK V. BESLUIT: DE BETEKENIS VAN HET E.V.R.M. VOOR DE ONDERZOCHE PROBLEMATIEK	112
Afdeling 1. Algemene tendenzen in de Straatsburgse jurisprudentie : enkele kritische opmerkingen	112
Afdeling 2. De beperkte betekenis van het E.V.R.M. voor de Belgische rechtspraak inzake transseksualiteit	115
§1. Inleiding	115
§2. De geslachtsaanpassende behandeling	115
§3. De wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte	116
§4. De wijziging van de geslachtsgebonden voornaam	117
§5. De gevolgen van de juridische geslachtswijziging	117
 TITEL II. DE JURIDISCHE ASPECTEN VAN DE GESLACHTS- AANPASSENDE BEHANDELING	120
 HOOFDSTUK I. DE GESLACHTSAANPASSENDE BEHANDELING NAAR BELGISCH RECHT	120
Afdeling 1. Inleiding	120
Afdeling 2. De beperkte vrijheid van geslachtskeuze	120
Afdeling 3. Geslachtsaanpassende operaties en het recht op eerbiediging van de fysieke integriteit	125
§1. Algemeen	125
§2. Voorwaarden	127
A. Het therapeutische oogmerk	127
B. Verhouding tussen het gevaar voor de patiënt en de behandeling	129
C. Informed consent	130
1. Het recht op toestemming	130

a) Algemeen	130
b) Vormvereisten	132
2. Het recht op informatie	134
D. Toepassing van alle beschikbare wetenschappelijke kennis en strikte naleving van de regels van de kunst en de beroepsgebruiken	136
1. Algemeen	136
2. De diagnosestelling van transseksualiteit	137
3. De therapeutische beslissingen	138
4. Leeftijd	139
a) Belang van de leeftijdsvereiste	139
b) De behandeling van een minderjarige transseksueel	140
i) Algemene regel inzake de behandeling van minderjarigen	140
ii) Toepassing van deze regel op de geslachtsaanpassende behandeling	141
5. De behandeling van gehuwde transseksuelen	142
6. De vereiste van de kinderloosheid	144
§4. Excursus : het toedienen van hormonen en het recht op fysieke integriteit	144
HOOFDSTUK II. DE GESLACHTSAANPASSENDE BEHANDELING NAAR FRANS RECHT	146
Afdeling 1. Het recht om over het geslacht te beschikken	146
Afdeling 2. De geslachtsaanpassende operaties en het recht op eerbiediging van de fysieke integriteit	148
§1. Algemeen	148
§2. Voorwaarden voor de strafrechtelijke immuniteit van de chirurg	150
A. Therapeutisch belang	150
B. Proportionaliteitstoets	152
C. De toestemming van de patiënt	153
1. Het recht op toestemming	153
2. Het recht op informatie	154
D. Strikte naleving van de regels van de kunst, de beroepsgebruiken en de medische deontologie	156
1. Algemeen	156
2. De diagnose van transseksualiteit	157
3. De therapeutische beslissingen	158
4. Leeftijd	159
5. De behandeling van gehuwde transseksuelen	159
6. De vereiste van de kinderloosheid	160
Afdeling 3. Excursus : de hormonale behandeling en het recht op fysieke integriteit	161

HOOFDSTUK III. DE GESLACHTSAANPASSENDE BEHANDELING NAAR NEDERLANDS RECHT	163
Afdeling 1. Het recht om over het geslacht te beschikken	163
Afdeling 2. De geslachtsaanpassende operaties en het recht op eerbiediging van de fysieke integriteit	166
§1. Inleiding	166
§2. Voorwaarden	168
A. Algemeen	168
B. Handelen volgens de medisch-professionele standaard	170
1. Begripsomschrijving	170
2. Ontleding van de medisch-professionele standaard	171
a) De handeling is medisch geïndiceerd met een concreet behandelingsdoel	171
b) De redelijke verhouding tussen doel en middelen	172
c) De handeling is uitgevoerd volgens de regels van de kunst	172
3. De concrete invulling van de medisch-professionele standaard : het behandelingsprotocol van het Academisch ziekenhuis van de Vrije Universiteit te Amsterdam	173
a) Juridische status en doorwerking van het protocol	173
b) De normen voor de behandeling van transseksuele personen	175
i) De diagnose van transseksualiteit	175
ii) De therapeutische beslissingen	176
iii) Leeftijd	178
iv) De behandeling van gehuwde transseksuelen	181
v) De vereiste van de kinderloosheid	181
vi) Nationaliteit	181
C Informed consent	182
1. Toestemmingsvereiste	182
2. Het recht op informatie	184
a) Algemeen	184
b) Informatieverstrekking in het kader van de geslachtsaanpassende behandeling	185
Afdeling 3. Excursus : de hormonale behandeling en het recht op fysieke integriteit	187
HOOFDSTUK IV. DE GESLACHTSAANPASSENDE BEHANDELING NAAR DUIJS RECHT	188
Afdeling 1. Het recht om over het geslacht te beschikken als concretisering van het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid	188
§1. Het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid	188

§2. Het beperkte recht om over het geslacht te beschikken	190
Afdeling 2. De geslachtsaanpassende operaties en het recht op eerbiediging van de fysieke integriteit	193
§1. Inleiding	194
§2. Voorwaarden	194
A. Algemeen	194
B. De toestemming van de patiënt	196
1. De toestemming als rechtvaardigingsgrond van het medische handelen	196
a) Grondslag en betekenis van de toestemmingsvereiste	196
b) Vorm	199
2. De plicht van de arts tot het verstrekken van informatie	200
a) De grondslag van de informatieverplichting: Selbstbestimmungsaufklärung versus therapeutische Aufklärung	200
b) De omvang van de Selbstbestimmungsaufklärung	201
c) Vorm	204
C. Medische indicatie en geneeskundig doel	205
D. De verplichting tot zorgvuldige behandeling van de transseksuele patiënt	207
1. Uitvoering van de ingreep volgens de regels van de kunst	207
2. Het proportionaliteitsbeginsel bij de keuze van de therapie	208
3. De minimale vereisten zoals opgelegd door de Duitse standaardnormen voor de behandeling en diagnostische beoordeling van transseksuelen	209
a) De diagnose van transseksualiteit	209
b) De therapeutische beslissingen	210
c) Leeftijd	212
d) De behandeling van gehuwde transseksuelen	214
e) De vereiste van de kinderloosheid	214
§3. Excursus : de hormonale behandeling en het recht op fysieke integriteit	214
 HOOFDSTUK V. VERGELIJKING VAN DE GEVONDEN OPLOSSINGEN EN RICHTLIJNEN VOOR HET BELGISCHE RECHT	 215
Afdeling 1. De evaluatiecriteria	215
Afdeling 2. Aard van de regelgeving	216
§1. Algemene vaststelling : het ontbreken van een bijzondere wetgeving inzake de geslachtsaanpassende behandeling	216
§2. De noodzaak van een wettelijke regeling	217
Afdeling 3. Vergelijking van de gevonden oplossingen	219
§1. De beperkte vrijheid om over de lichamelijke geslachtskenmerken te beschikken	219

§2. De toepassing van de gemeenrechtelijke regels inzake het medische handelen op de geslachtsaanpassende operatie	220
A. Het samenspel van het strafrecht en civiele recht bij de bescherming van de fysieke integriteit van de patiënt	220
B. De rol van de door de medische professie uitgewerkte zorgvuldigheidsnormen inzake de diagnosestelling en de behandeling van transseksualiteit	221
C. De concrete grondvoorwaarden voor de rechtmatigheid van de operatieve geslachtstransformatie	222
1. Het therapeutische oogmerk	222
2. De proportionaliteitstoets	223
3. De geïnformeerde toestemming van de transseksuele patiënt	224
a) Algemeen	224
b) Het recht op toestemming	226
i) De behandeling van de minderjarige patiënt en de toestemmingsvereiste	226
ii) De vorm van de toestemming	227
c) Het recht op informatie	228
4. Het naleven van de regels van de kunst	230
a) Algemeen	230
b) Bijkomende vereisten voortvloeiend uit de regels van de kunst	230
i) De zorgvuldigheidsnorm inzake de diagnosestelling en de therapeutische beslissingen	230
ii) De behandeling van gehuwde transseksuelen	231
iii) De vereiste van de kinderloosheid	231
C. De strafrechtelijke kwalificatie van de hormonale behandeling	231

TITEL III. DE WIJZIGING VAN DE GESLACHTSAANDUIDING IN DE GEBOORTEAKTE 233

HOOFDSTUK I. DE WIJZIGING VAN DE GESLACHTSAANDUIDING NAAR BELGISCH RECHT 233

Afdeling 1. De vaststelling van het geslacht 233

Afdeling 2. De wijziging van de geslachtsaanduiding : twee stromingen in de rechtspraak 236

§1. Overzicht 236

§2. De toewijzing van een vordering tot verbetering van de geboorteakte 237

A. Ontleding van de rechtspraak 237

1. Ontvankelijkheid 237

a) De extensieve interpretatie van het begrip 'verbetering'	237
b) Het individuele belang van de transseksueel	238
2. Grondvereisten	239
a) De geslachtsverandering	239
i) De tegenstelling tussen het feitelijke en het juridische geslacht	239
ii) Onafhankelijk van de vrije wil	239
b) De lichamelijke aanpassing : grondvoorwaarde of bewijselement ?	239
c) Ongehuwd zijn	240
i) De ongehuwde staat als grondvoorwaarde voor de juridische geslachtsverandering	240
ii) Excursus : de ontbinding van een bestaand huwelijk	240
d) Geen kinderen	243
3. Procedure	244
a) Bevoegde rechtbank	244
b) Inleiding van de vordering	244
i) Hoedanigheid	244
ii) Bekwaamheid	244
iii) Inleiding bij (eenzijdig) verzoekschrift	245
c) Verder procedureverloop	245
d) Werking	248
4. Internationaal privaatrecht	249
a) De verbetering van de geboorteakte van een Belg	249
i) Algemeen	249
ii) De geboorteakte van de Belg werd opgesteld door de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire ambtenaar	249
iii) De geboorteakte van de Belg werd opgesteld door de bevoegde vreemde autoriteit	250
b) De verbetering van de geboorteakte van een vreemdeling	251
B. Beoordeling	251
§3. De toewijzing van een vordering van staat	256
A. Ontleding van de rechtspraak	256
1. Ontvankelijkheid	256
a) De erkenning van de geslachtsidentiteit als algemeen rechtsbeginsel	256
b) Artikel 8 E.V.R.M.	257
2. Grondvereisten	258
a) Het bezit van staat van het andere geslacht	258
i) Algemeen	258
ii) De tegenstelling tussen het feitelijke en het juridische geslacht	259

iii) Onafhankelijk van de vrije wil	260
iv) De onomkeerbaarheid van de geslachtsverandering	262
b) De lichamelijke aanpassing : grondvoorwaarde of bewijselement ?	262
c) Ongehuwd zijn	264
i) De ongehuwde staat als grondvoorwaarde voor de juridische geslachtsverandering	264
ii) Excursus : de ontbinding van een bestaand huwelijk	266
d) Geen kinderen	266
3. Procedure	268
a) Bevoegde rechtbank	268
b) Inleiding van de vordering	269
i) Hoedanigheid	269
ii) Bekwaamheid	269
iii) Inleiding bij (eenzijdig) verzoekschrift	269
c) Verder procedureverloop	270
d) Werking	272
4. Internationaal privaatrecht	273
a) Toepasselijk recht en internationale openbare orde	273
b) Erkenning van buitenlandse beslissingen	273
c) De wijziging van een buitenlandse geboorteakte	274
B. Beoordeling	274
 HOOFDSTUK II. DE WIJZIGING VAN DE GESLACHTSAANDUIDING NAAR FRANS RECHT	278
Afdeling 1. De vaststelling van het geslacht	278
Afdeling 2. De wijziging van de geslachtsaanduiding	282
§1. De huidige stand van de Franse rechtspraak	282
A. Ontvankelijkheid	282
1. Situering	282
2. De onbeschikbaarheid van de staat van de persoon als obstakel voor de juridische erkenning van transseksualiteit (1965-1975)	282
3. De ommekeer in de lagere rechtspraak	286
4. Het arrest van het Hof van Cassatie van 30 november 1983 : een overgangsarrest ?	287
5. De evolutie van de Franse rechtspraak na het arrest van 30 november 1983 (1983-1988)	289
6. De verdere afwijzende houding van het Franse Hof van Cassatie (1988-1990)	291
7. De ommekeer in de jurisprudentie van het Franse Hof van Cassatie : de	

arresten van 11 december 1992	292
B. Grondvereisten	294
1. Het benaderen van het andere geslacht	294
a) Algemeen	294
b) Het gevoel tot het andere geslacht te behoren en de daaraan gekoppelde geslachtsrol	294
c) Het bezit van de uiterlijke kenmerken van het andere geslacht	296
i) Het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling	296
ii) Het therapeutische doel van de ondergane behandeling	299
d) Onafhankelijk van de vrije wil	300
e) Onomkeerbaarheid	301
2. Ongehuwd zijn	302
a) De ongehuwde staat als grondvoorwaarde voor de juridische geslachtsverandering	302
b) Excursus : de ontbinding van een bestaand huwelijk	303
i) Algemeen	303
ii) De mogelijkheden tot nietigverklaring van het bestaande huwelijk	303
iii) De echtscheiding	305
3. Kinderen	306
C. Procedure	307
1. Algemeen	307
2. Bevoegde rechtbank	309
3. Inleiding van de vordering	310
a) Hoedanigheid en bekwaamheid	310
b) Inleiding bij verzoekschrift	310
4. Verder procedureverloop	310
5. Werking	313
D. Internationaal privaatrecht	314
1. Toepasselijk recht	314
2. De wijziging van een buitenlandse geboorteakte	316
3. De erkenning van een buitenlandse beslissing	317
E. Beoordeling	318
1. De aard van de vordering	318
2. De grondslag van de vordering	319
a) Het recht op privé van de post-operatieve transseksueel	319
b) De functie van de registers van de burgerlijke stand	321
§2. Het wetsvoorstel-Caillavet	322

HOOFDSTUK III. DE WIJZIGING VAN DE GESLACHTSAANDUIDING NAAR NEDERLANDS RECHT	324
Afdeling 1. De vaststelling van het geslacht	324
Afdeling 2. De wijziging van de geslachtsaanduiding	326
§1. De stand van de rechtspraak vóór de wet van 24 april 1985 : toepassing van de “misslagprocedure”	326
A. Ontvankelijkheid	326
1. Twee stromingen in de rechtspraak	326
2. Eerste stroming : ontvankelijkheid van de vordering ingeval van transseksualiteit	326
a) De verbetering sensu stricto van de geboorteakte van een transseksueel	326
b) De verbetering van de geboorteakte bij een latere wijziging van het geslacht	327
3. Tweede stroming : onontvankelijkheid van de vordering ingeval van transseksualiteit	328
B. Grondvereisten	329
1. Tegenstelling tussen het juridische en het feitelijke geslacht	329
2. De medische behandeling	330
3. De problematiek van een voorafbestaand huwelijk	330
§2. De ontstaansgeschiedenis van de Nederlandse wetgeving	331
§3. De huidige wettelijke regeling	332
A. Grondvereisten	332
1. Nationaliteitsvereiste	332
2. De overtuiging tot de andere kunne te behoren	334
3. De lichamelijke aanpassing aan het verlangde geslacht	335
4. De onomkeerbare onvruchtbaarheid	336
5. De ongehuwde staat	338
a) De ongehuwde staat als grondvoorwaarde voor de juridische geslachtsverandering	338
b) Excursus : de ontbinding van een bestaand huwelijk	339
B. Procedure	340
1. Bevoegde rechtbank	340
2. Inleiding van de vordering	341
a) Bekwaamheid	341
b) Inleiding bij verzoekschrift	341
c) De deskundigenverklaring	341
i) Algemeen	341

ii) Ten hoogste zes maanden oud	342
iii) Inhoud van de deskundigenverklaring	343
iv) Welke deskundigen	345
3. Verder procedureverloop	347
4. Werking	349
C. Internationaal privaatrecht	349
1. Toepasselijk recht	349
2. De wijziging van een buitenlandse geboorteakte	350
a) Algemeen	350
b) Eerste hypothese : buiten Nederland is overeenkomstig de plaatselijke voorschriften een geboorteakte opgesteld door een bevoegde instantie	350
c) Tweede hypothese : buiten Nederland is door de bevoegde instantie geen akte van geboorte opgemaakt overeenkomstig de plaatselijke voorschriften, of deze akte kan niet worden overlegd	351
3. De erkenning van een buitenlandse beslissing	351
D. Beoordeling	352
1. De aard van de vordering	352
2. De praktische werking	352
HOOFDSTUK IV. DE WIJZIGING VAN DE GESLACHTSAANDUIDING NAAR DUIJS RECHT	354
Afdeling 1. De vaststelling van het geslacht	354
Afdeling 2. De wijziging van de geslachtsaanduiding	356
§1. De rechtspraak daterend van vóór de Wet van 10 september 1980 (Transsexuellengesetz)	356
A. De periode vóór 11 oktober 1978	356
B. Het arrest van het Bundesverfassungsgericht van 11 oktober 1978	359
C. De rechtspraak uit de periode tussen 11 oktober 1978 en 31 december 1980	361
1. De ommekeer in de rechtspraak	361
2. De jurisprudentiële grondvoorwaarden	362
a) Algemeen	362
b) De onomkeerbare transseksualiteit	363
c) De geslachtsaanpassende behandeling	363
d) De onomkeerbare onvruchtbaarheid	363
e) Ongehuwde staat en kinderloosheid	364
§2. De ontstaansgeschiedenis van de Duitse Wet	365
§3. De Wet van 10 september 1980 (Transsexuellengesetz)	366

A. Inleiding	366
B. De vaststelling dat de transseksueel tot het andere geslacht behoort	367
1. Grondvoorwaarden	367
a) Voldoen aan de voorwaarden van de kleine oplossing	367
i) Algemeen	367
ii) Nationaliteitsvereiste	367
iii) Leeftijd	368
iv) Het gevoelen te behoren tot het andere geslacht	369
v) Onomkeerbaarheid	370
b) Ongehuwd zijn	370
i) De ongehuwde staat als grondvoorwaarde	370
ii) Excursus: de ontbinding van het bestaande huwelijk	372
c) Het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling	374
d) De onomkeerbare onvruchtbaarheid	377
2. Procedure	378
a) Algemeen	378
b) Bevoegde rechtbank	378
c) Inleiding van de vordering	378
i) Hoedanigheid en bekwaamheid	378
ii) Inleiding bij verzoek	378
d) Verder procedureverloop	379
e) De mogelijkheid van een tussenbeschikking	381
f) Werking	382
3. Internationaal privaatrecht	382
a) Het toepasselijke recht	382
b) De erkenning van een buitenlandse beslissing	383
C. De opheffing van de vaststelling dat de transseksueel tot het andere geslacht behoort	384
D. Beoordeling	384
1. Aard van de vordering	384
2. De praktische werking	385
 HOOFDSTUK V. VERGELIJKING VAN DE GEVONDEN OPLOSSINGEN EN RICHTLIJNEN VOOR HET BELGISCHE RECHT	 386
Afdeling 1. De oorspronkelijke vaststelling van het geslacht	386
Afdeling 2. De grondslag van de vordering tot wijziging van het geslacht : de wet of de jurisprudentie	389
§1. Het ontstaan van de wetgeving inzake transseksualiteit : de interactie tussen	

de hoogste civiele rechter en de wetgever	389
A. De rol van de hoogste civiele rechter : creatieve rechtspraak of katalysator van het wetgevingsproces	389
B. Toepassing op het Belgische recht	391
1. Algemeen	391
2. De vordering tot verbetering van de geboorteakte	391
3. De vordering van staat tot wijziging van het geslacht	392
a) Algemeen	392
b) Artikel 8 E.V.R.M.	393
c) De erkenning van de geslachtsidentiteit als algemeen rechtsbeginsel	394
i) Algemeen	394
ii) De kwalificatie van het recht op juridische erkenning van de geslachtswijziging als een algemeen rechtsbeginsel	394
iii) Draagwijdte	398
4. Besluit	398
§2. De beleidsmotieven van de afwijzende beslissingen van de Hoge Raad en het Bundesgerichtshof	399
Afdeling 3. Vergelijking van de grondvereisten en de procedurevoorschriften	401
§1. De evaluatiecriteria	401
§2. De grondvereisten	403
A. De leeftijdvereiste	403
B. Het gevoelen tot het andere geslacht te behoren	405
1. Vergelijking van de gevonden oplossingen	405
2. Evaluatie	406
C. De onomkeerbaarheid	408
1. Vergelijking van de gevonden oplossingen	408
2. Evaluatie	408
D. Onafhankelijk van de vrije wil	409
1. Vergelijking van de gevonden oplossingen	409
2. Evaluatie	410
E. De medische behandeling	411
1. Het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling	411
a) Vergelijking van de gevonden oplossingen	411
b) Evaluatie	412
2. De onomkeerbare onvruchtbaarheid	414
a) Vergelijking van de gevonden oplossingen	414
b) Evaluatie	415
F. De ongehuwde staat	415

1. De ongehuwde staat als grondvoorwaarde voor de juridische geslachtsverandering	415
a) Vergelijking van de gevonden oplossingen	415
b) Evaluatie	416
2. De ontbinding van het bestaande huwelijk	418
a) De repressieve sanctionering wegens het niet-naleven van de grondvereisten van het huwelijk	418
b) De echtscheiding	418
G. Kinderloosheid	420
1. Vergelijking van de gevonden oplossingen	420
2. Evaluatie	421
§3. Procedurevoorschriften	421
A. Inleiding	421
B. Territoriale bevoegdheid	422
1. Vergelijking van de gevonden oplossingen	422
2. Evaluatie	422
C. Bewijsrecht	423
1. Algemeen	423
2. Vergelijking van de gevonden oplossingen	423
3. Evaluatie	425
D. De werking van het vonnis	426
E. De mogelijkheid tot kennisname van de oorspronkelijke toestand door aflevering van afschriften of uittreksels uit de geboorteakte	426
F. Besluit	427
Afdeling 4. Transseksualiteit in het internationaal privaatrecht	427
§1. De evaluatiecriteria	427
§2. De gevonden oplossingen	428

TITEL IV. DE WIJZIGING VAN DE GESLACHTSGEBONDEN VOORNAAM

430

HOOFDSTUK I. DE WIJZIGING VAN DE GESLACHTSGEBONDEN VOORNAAM NAAR BELGISCH RECHT	430
Afdeling 1. Inleiding	430
Afdeling 2. Bevoegdheid	431
§1. De verbetering van de geslachtsgebonden voornaam	431
§2. De verandering van de geslachtsgebonden voornaam	433
A. De exclusieve bevoegdheid van de minister van justitie	433

B. Procedure	434
1. Ontvankelijkheid van het verzoek	434
a) Nationaliteitsvereiste	434
b) Hoedanigheid en bekwaamheid	434
2. Het inleidende verzoekschrift	434
3. Verder verloop van de procedure	435
4. Werking	436
C. Internationaal privaatrecht	437
Afdeling 3. Praktijkonderzoek van de aanvragen ingediend door transseksuelen bij het Ministerie van Justitie	437
§1. Methode	437
§2. De onderzochte populatie	438
§3. Voorwaarden	440
A. Het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling	440
B. De huwelijks staat	441
C. Kinderen	441
D. De gewenste nieuwe voornaam	441
 HOOFDSTUK II. DE WIJZIGING VAN DE GESLACHTSGEBONDEN VOORNAAM NAAR FRANS RECHT	443
Afdeling 1. Inleiding	443
Afdeling 2. De wijziging van de geslachtsgebonden voornaam door de rechterlijke macht	444
§1. De wijziging van de geslachtsgebonden voornaam als autonome vordering	444
A. Grondvoorwaarde : een wettig belang	444
1. Algemeen	444
2. Transseksualiteit als wettig belang voor een voornaamswijziging	445
a) Het aanvaarden van een principieel wettig belang door de Franse rechtspraak en rechtsleer	445
b) De keuze van de nieuwe voornaam	447
B. Procedure	448
1. Algemeen	448
2. Bevoegde rechtbank	448
3. Inleiding van de vordering	448
a) Hoedanigheid en bekwaamheid	448
b) Inleiding bij verzoekschrift	449
4. Verder procedureverloop	449
5. Werking	450

§2. De wijziging van de geslachtsgebonden voornaam als accessorium van de vordering van staat tot wijziging van de geslachtsaanduiding	450
HOOFDSTUK III. DE WIJZIGING VAN DE GESLACHTSGEBONDEN VOORNAAM NAAR NEDERLANDS RECHT	
Afdeling 1. Inleiding	452
Afdeling 2. De wijziging van de geslachtsgebonden voornaam door de rechtbank	453
§1. De gemeenrechtelijke procedure	453
A. Grondvoorwaarden	453
1. Een voldoende zwaarwichtig belang	453
2. De geoorloofdheid van de gevraagde voornaam	454
B. Procedure	455
1. Bevoegde rechtbank	455
2. Inleiding van de vordering	456
a) Bekwaamheid	456
b) Het inleidende verzoekschrift	456
3. Verder procedureverloop	457
C. Internationaal privaatrecht	457
§2. De bijzondere procedure in geval van transseksualiteit	457
A. Algemeen	457
B. Grondvoorwaarden	458
C. Procedure	458
D. Internationaal privaatrecht	458
HOOFDSTUK IV. DE WIJZIGING VAN DE GESLACHTSGEBONDEN VOORNAAM NAAR DUIITS RECHT	
Afdeling 1. Inleiding	460
Afdeling 2. De wijziging van de voornaam in het kader van de “kleine Lösung”	461
§1. Inleiding	461
§2. De toekenning van de voornaamswijziging	463
A. Grondvereisten	463
1. Nationaliteitsvereiste	463
2. Leeftijd	463
a) Totstandkoming van de leeftijdsvereiste	463
b) De vernietiging van § 1 al. 1 nr. 3 TSG door het Bundesverfassungsgericht	466
3. Het gevoelen te behoren tot het andere geslacht	468
4. Onomkeerbaarheid	469

B. Procedure	469
1. Bevoegde rechtbank	469
2. Inleiding van de vordering	471
a) Hoedanigheid en bekwaamheid	471
i) Hoedanigheid	471
ii) Bekwaamheid	471
b) Inleiding bij verzoek	471
3. Verder procedureverloop	472
a) Algemeen	472
b) Het verplichte advies van twee deskundigen	472
c) De hoorplicht	473
d) Rechtsmiddelen	474
e) kantmelding van de beslissing en bescherming tegen de kennisname door deren	475
4. Werking	478
C. Internationaal privaatrecht	479
§3. De opheffing en de ongeldigheid van de voornaamsverandering	480
A. Algemeen	480
B. De opheffing van de voornaamsverandering	480
C. De ongeldigheid van de voornaamsverandering	481
Afdeling 3. De wijziging van de voornaam in het kader van de “große Lösung”	483
 HOOFDSTUK V. VERGELIJKING VAN DE GEVONDEN OPLOSSING EN RICHTLIJNEN VOOR HET BELGISCHE RECHT	 484
Afdeling 1. Evaluatiecriteria	485
Afdeling 2. De macro-analyse : gemeenrechtelijke versus bijzondere procedure tot voornaamsverandering	485
§1. De schijnbare problematische vergelijkbaarheid	486
§2. De noodzaak van een bijzondere procedure tot voornaamswijziging ingeval van transseksualiteit	486
Afdeling 3. De micro-analyse : de grondvoorwaarden voor de wijziging van de geslachtsgebonden voornaam en de (vergelijkbare) procedurevoorschriften	488
§1. De grondvoorwaarden	488
A. Voorafgaande bemerking	488
B. Het (onomkeerbare) gevoelen te behoren tot het andere geslacht	488
C. Het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling	489
D. De huwelijks staat	491

E. Kinderen	492
F. De keuze van de nieuwe voornaam	492
§2. De procedurevoorschriften	492
A. Het advies van deskundigen	492
B. De kantmelding van de beslissing tot voornaamsverandering	494
C. De ongeldigheid en de opheffing van de voornaamswijziging	495
§3. Internationaal privaatrechtelijke aspecten	496
Afdeling 4. Besluit	496

TITEL V. DE GEVOLGEN VAN DE JURIDISCHE GESLACHTSWIJZIGING 498

HOOFDSTUK I. DE GEVOLGEN VAN DE JURIDISCHE GESLACHTSWIJZIGING NAAR BELGISCH RECHT 498

Afdeling 1. Het aangaan van een huwelijk ná de juridische geslachtswijziging 498

Afdeling 2. Transseksualiteit en het Belgische afstammingsrecht 500

§1. De gevolgen van de juridische geslachtsverandering op de voordien vastgestelde afstammingsband 500

A. Principieel behoud van de voordien vastgestelde afstammingsband 500

1. Behoud van de vastgestelde afstammingsband bij toekenning van een vordering van staat 500

2. Behoud van de vastgestelde afstammingsband bij toekenning van een vordering tot verbetering van de geboorteakte 501

B. Mogelijkheid van betwisting van de voordien vastgestelde afstammingsband 502

§2. De vaststelling van een afstammingsband ná de juridische geslachtsverandering 502

A. De vaststelling van een afstammingsband op grond van het oorspronkelijke geslacht 502

1. Man-naar-vrouw-transseksuelen 502

a) Huwelijks afstamming 502

b) Buitenhuwelijks afstamming 503

i) De erkenning 503

ii) Het onderzoek naar het vaderschap 504

2. Vrouw-naar-man-transseksuelen 504

B. De vaststelling van een afstammingsband op grond van het nieuwe geslacht 506

1. De gewone afstammingsband 506

2. De adoptieve afstammingsband	507
Afdeling 3. De gevolgen op gebied van ouderlijk gezag, omgangs- en onderhoudsrecht	509
§1. Ouderlijk gezag en omgangsrecht	509
§2. Onderhoudsrecht	510
HOOFDSTUK II. DE GEVOLGEN VAN DE JURIDISCHE GESLACHTSWIJZIGING NAAR FRANS RECHT	512
Afdeling 1. Het aangaan van een huwelijk ná de juridische geslachtswijziging	512
Afdeling 2. Transseksualiteit en het Franse afstammingsrecht	516
§1. De gevolgen van de juridische geslachtsverandering op de voordien vastgestelde afstammingsband	516
A. Principieel behoud van de vastgestelde afstammingsband	516
B. Mogelijkheid tot betwisting van de voordien vastgestelde afstammingsband	517
§2. De vaststelling van een afstammingsband ná de juridische geslachtswijziging	517
A. De vaststelling van een afstammingsband op grond van het oorspronkelijke geslacht	517
1. Man-naar-vrouw-transseksuelen	517
a) Wettige afstamming	517
b) De natuurlijke afstamming	518
c) Wettiging	522
i) Begrip	522
ii) Wettiging door het huwelijk	523
iii) Wettiging door een rechterlijke beslissing	523
2. Vrouw-naar-man-transseksuelen	524
a) Wettige afstamming	524
b) Natuurlijke afstamming	525
c) Wettiging	526
B. De vaststelling van een afstammingsband op grond van het nieuwe geslacht	526
1. De wettige afstamming	526
2. De natuurlijke afstamming	527
3. Adoptieve afstamming	527
Afdeling 3. De gevolgen op het gebied van ouderlijk gezag, omgangs- en onderhoudsrecht	528
§1. Principe	528
§2. Ouderlijk gezag en omgangsrecht	528

§3. Onderhoudsrecht	530
HOOFDSTUK III. DE GEVOLGEN VAN DE JURIDISCHE GESLACHTSWIJZIGING NAAR NEDERLANDS RECHT	532
Afdeling 1. Het aangaan van een huwelijk ná de juridische geslachtswijziging	532
Afdeling 2. Transseksualiteit en het Nederlandse afstammingsrecht	533
§1. De gevolgen van de juridische geslachtsverandering op de voordien vastgestelde afstammingsband	533
A. Principieel behoud van de voordien vastgestelde afstammingsband	533
B. Mogelijkheid van betwisting van de voordien vastgestelde afstammingsband	534
§2. De vaststelling van een afstammingsband ná de juridische geslachtsverandering	534
A. De vaststelling van een afstammingsband op grond van het oorspronkelijke geslacht	534
1. Man-naar-vrouw-transseksuelen	534
2. Vrouw-naar-man-transseksuelen	537
B. De vaststelling van een afstammingsband op grond van het nieuwe geslacht	537
1. De gewone afstammingsband	537
2. De adoptieve afstammingsband	538
Afdeling 3. De gevolgen op gebied van ouderlijk gezag, omgangs- en onderhoudsrecht	539
§1. Ouderlijk gezag en omgangsrecht	539
§2. Onderhoudsrecht	540
HOOFDSTUK IV. DE GEVOLGEN VAN DE JURIDISCHE GESLACHTSWIJZIGING NAAR DUIJS RECHT	541
Afdeling 1. Het aangaan van een huwelijk na de juridische geslachtswijziging	541
Afdeling 2. Transseksualiteit en het Duitse afstammingsrecht	543
§1. De gevolgen van de juridische geslachtsverandering op de voordien vastgestelde afstammingsband	543
A. Principieel behoud van de voordien vastgestelde afstammingsband	543
B. Mogelijkheid tot betwisting van de voordien vastgestelde afstammingsband	543
§2. De vaststelling van een juridische afstammingsband na de juridische geslachtsverandering	544
A. De vaststelling van een afstammingsband op grond van het	

oorspronkelijke geslacht	544
1. Man-naar-vrouw-transseksuelen	544
2. Vrouw-naar-man-transseksuelen	545
B. De vaststelling van een afstammingsband op grond van het nieuwe geslacht	546
1. De gewone afstammingsband	546
2. De adoptieve afstammingsband	547
Afdeling 3. De gevolgen op het gebied van ouderlijk gezag, omgangs- en onderhoudsrecht	547
§1. Het ouderlijk gezag en het omgangsrecht	547
§2. Onderhoudsrecht	548
 HOOFDSTUK V. VERGELIJKING VAN DE GEVONDEN OPLOSSINGEN EN RICHTLIJNEN VOOR HET BELGISCHE RECHT	549
Afdeling 1. Evaluatiecriteria	549
Afdeling 2. Het aangaan van een huwelijk ná de juridische geslachtswijziging	550
§1. De gevonden oplossingen	550
§2. Evaluatie	551
Afdeling 3. Transseksualiteit en het afstammingsrecht	553
§1. De gevolgen van de juridische geslachtsverandering op de voordien vastgestelde afstammingsband	553
A. Principieel behoud van de voordien vastgestelde afstammingsband	553
1. Vergelijking van de gevonden oplossingen	553
2. Evaluatie	553
B. De mogelijkheid tot betwisting van de voordien vastgestelde afstammingsband	555
1. Vergelijking van de gevonden oplossingen	555
2. Evaluatie	555
§2. De vaststelling van een afstammingsband ná de juridische geslachtsverandering	556
A. De vaststelling van een afstammingsband op grond van het oorspronkelijke geslacht	556
1. Algemeen	556
2. Man-naar-vrouw-transseksuelen	556
a) Huwelijkse afstamming	556
i) Vergelijking van de gevonden oplossingen	556
ii) Evaluatie	557
b) Buitenhuwelijkse afstamming	557

i) Vergelijking van de gevonden oplossingen	557
ii) Evaluatie	558
3. Vrouw-naar-man-transseksuelen	558
a) Vergelijking van de gevonden oplossingen	558
b) Evaluatie	559
B. De vaststelling van een afstammingsband op grond van het nieuwe geslacht	559
1. Vergelijking van de gevonden oplossingen	559
2. Evaluatie	559
Afdeling 3. De gevolgen op gebied van ouderlijk gezag, omgangs- en onderhoudsrecht	560
§1. Ouderlijk gezag en omgangsrecht	560
A. Vergelijking van de gevonden oplossingen	560
B. Evaluatie	561
§2. Onderhoudsrecht	561
A. Vergelijking van de gevonden oplossingen	561
B. Evaluatie	562
TITEL VI. TRANSSEKSUALITEIT : RECHTER OF WETGEVER ?	563
HOOFDSTUK I. DE NOODZAAK EN OMVANG VAN EEN WETGEVENDE TUSSENKOMST IN BELGIË	563
Afdeling 1. Inleiding	563
Afdeling 2. De weerlegging van de rechtspolitieke bezwaren tegen een wettelijke regeling van transseksualiteit	563
§1. Het beperkte aantal transseksuelen	563
§2. Het inflatoire effect van een wetgevende tussenkomst	565
Afdeling 3. De noodzaak van een afgelijnde wetgevende tussenkomst	566
§1. De conformiteit van het Belgische recht met het E.V.R.M.	566
§2. Pleidooi voor een beperkt legislatief optreden	568
HOOFDSTUK II. EEN PROEVE VAN OPLOSSING	570
Afdeling 1. Ontwerp van standaardnormen voor de behandeling van transseksuele personen	570
Afdeling 2. Ontwerp van wet houdende de invoering van een vordering van staat tot wijziging van het geslacht	571
BIBLIOGRAFIE	575

INLEIDENDE TITEL

HOOFDSTUK I.

VOORWERP, DOELSTELLING EN METHODE VAN DE STUDIE

AFDELING 1. VOORWERP

§1. Algemeen

1. “Aucune injustice n’est plus grave que celle qui interdit à un être de se réaliser dans ce que sa nature a de plus profond et d’essentiel.”¹ Geboren in een lichaam dat niet overeenstemt met de psychologisch beleefde kunne, ervaart de transseksuele mens dagelijks de draagwijdte van dit onrecht. De radicale tegenstelling tussen psyche en materie dwingt hem te leven in een geslachtsrol die niet de zijne is. Pas wanneer de artsen hem bevrijd hebben van zijn verkeerde verschijningsvorm, kan hij ten volle zichzelf worden.

De lichamelijke transformatie betekent evenwel niet het einde van de onrechtvaardigheid waarmee transseksuele personen worden geconfronteerd.² Doordat het juridische geslacht kort na de geboorte wordt geregistreerd op grond van de op dat ogenblik uiterlijk waarneembare geslachtskenmerken, ontstaat er bij transseksuelen een discrepantie tussen de feitelijke sekse en de vermeldingen in de geboorteakte. Deze disharmonie belet hen andermaal om zich te uiten en te ontplooiën overeenkomstig hun ware identiteit.

2. Onderhavige studie behandelt de *juridische* aspecten van het fenomeen transseksualiteit. Een nauwkeurige omschrijving van het onderzoeksobject vereist dan ook enige toelichting bij het begrip “transseksualiteit” en een overzicht van de “juridische problematiek” die in dit proefschrift wordt onderzocht.

¹ D. VAN OOSTERWIJCK, *II*, Brussel, Imprimerie Rossel, 1975, 5.

² L.J. GOOREN, ‘Allocution d’ouverture’, in X. (ed.), *Transsexualisme, médecine et droit. Actes XXIII^e Colloque de droit européen*, Straatsburg, Editions du Conseil de l’Europe, 1995, 7; F.W. GROSHEIDE, ‘Rechter of Wetgever’, in REDACTIE NEDERLANDS JURISTENBLAD (ed.), *Transsexualiteit. Vreemdeling in eigen lichaam. Juridische en medische opstellen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1976, 62; S.K. MARTENS, Dissenting Opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 22-23, § 2.2-2.4; J.M.H.D. MEIJER-VAN DER AA, ‘Wettelijke regeling inzake wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte in geval van transseksualiteit’, *A.Ae.* 1986, 118; D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit: la justice face au transsexualisme*, Parijs, P.U.F., 1994, 39; F.A. VAN DER REIJT, ‘Transsexueel en (Scherp)rechter’, in REDACTIE NEDERLANDS JURISTENBLAD (ed.), *Transsexualiteit. Vreemdeling in eigen lichaam. Juridische en medische opstellen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1976, 1; cf. J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503; S. SNELDERS en S. DE BATSELIER, *Dagboek van een transseksueel*, Antwerpen, De Nederlandsche Boekhandel, 1975, 161-162.

§2. Het begrip “transseksualiteit”

A. De verschillende geslachtskenmerken

3. De theorievorming rond het verschijnsel transseksualiteit hangt nauw samen met de evolutie van het begrip “geslacht” en met het door de medische wetenschap verworven inzicht in de wijze waarop het geslachtsonderscheid tot stand komt.

4. Het staat thans wetenschappelijk vast dat de geslachtsbepaling reeds aanvangt bij de versmelting van het spermatozoön en de eicel. Op dat ogenblik worden de XX en XY chromosomenparen gevormd die het genetische geslacht determineren.³

De aanwezigheid van het actieve Y-chromosoom zal vervolgens bij de man leiden tot de omvorming van de oorspronkelijke indifferente geslachtsklier tot testes. In het tegenovergestelde geval ontstaat een ovariële structuur.⁴ Dit onderscheid wordt het gonadische geslachts criterium genoemd en beïnvloedt verder de mannelijke *casu quo* vrouwelijke aanleg. Door de afscheiding van mannelijke geslachtshormonen (androgenen) in de testes ontwikkelen de gangen van Wolff zich tot bijbal en zaadleiders, en verdwijnen de gangen van Müller. Het ontbreken van deze hormonale beïnvloeding veroorzaakt een omgekeerde ontwikkeling bij de vrouwelijke vrucht en de vorming van eileiders en baarmoeder.⁵

5. Tijdens de derde maand van de zwangerschap bepaalt de hormonale constellatie het uitzicht van de primaire geslachts criteria (de uitwendige geslachtsorganen).⁶ Deze kenmerken maken

³ Zowel de man als de vrouw bezitten 44 autosomen (chromosomen die geen geslachtschromosomen zijn) en één paar geslachtschromosomen (genosomen), die tezamen het erfelijk materiaal van de mens meedragen. Een (genetische) vrouw heeft echter twee gelijke chromosomen (de X-chromosomen), terwijl een (genetische) man wordt gekenmerkt door twee ongelijke chromosomen, met name een X-chromosoom en een veel kleiner Y-chromosoom. Het genetische geslacht wordt dus bepaald aan de hand van de aanwezigheid van een 46-XX chromosomenpaar dan wel van een 46-XY chromosomenvoorstel. P. COHEN-KETTENIS, ‘Het verschijnsel transseksualiteit’, in L.J. GOOREN (ed.), *Transseksualiteit*, Alphen aan den Rijn, Samsom Stafleu, 1986, 16; L.J. GOOREN, ‘Biomedische aspecten van transseksualiteit’, in L.J. GOOREN (ed.), *Transseksualiteit*, Alphen aan den Rijn, Samsom Stafleu, 1986, 50; A.J. KUIPER, *Transseksualiteit. Evaluatie van de geslachtsaanpassende behandeling*, onuitg., Academisch Proefschrift Vrije Universiteit Amsterdam, 1991, 11; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, G. MATTON, S. MONSTREY, M. VERVAET, C. JANNES en A. VERMEULEN, ‘Transseksualiteit. Probleemschets en benadering’, *Tijdschrift voor Geneeskunde* 1989, 314.

⁴ P. COHEN-KETTENIS, ‘Het verschijnsel transseksualiteit’, *l.c.*, 16; L.J. GOOREN, ‘Biomedische aspecten van transseksualiteit’, *l.c.*, 50; A.J. KUIPER, *o.c.*, 11; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, e.a., ‘Transseksualiteit. Probleemschets en benadering’, *l.c.*, 314.

⁵ P. COHEN-KETTENIS, ‘Het verschijnsel transseksualiteit’, *l.c.*, 16; L.J. GOOREN, ‘Biomedische aspecten van transseksualiteit’, *l.c.*, 50; A.J. KUIPER, *o.c.*, 11; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., ‘Transseksualiteit. Probleemschets en benadering’, *l.c.*, 314-315.

⁶ L.J. GOOREN, ‘Biomedische aspecten van transseksualiteit’, *l.c.*, 50; A.J. KUIPER, *o.c.*, 11.

samen met de secundaire geslachtscriteria⁷ deel uit van de morfologische of uiterlijk waarneembare kenmerken (fenotypische geslacht).

6. Na de geboorte begint een jarenlang proces van psychologische en sociale geslachtelijke differentiatie, waarbij het kind zich een beeld vormt van zijn eigen geslachtstoebehoren en zich overeenkomstig gaat gedragen.⁸ Algemeen wordt aanvaard dat de psychologische en sociale geslachtskenmerken die tijdens dit proces worden geaccentueerd, mede in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling van iemands kunne.

7. De sekse van een persoon is dan ook een complexe notie geworden, die niet alleen objectief vast te stellen biologische elementen omvat, maar ook de subjectieve beleving van het eigen geslacht.

In de wetenschappelijke literatuur wordt daarom steeds meer gebruik gemaakt van de term "gender". Deze generieke term verwijst naar het conglomeraat van alle geslachtsdeterminerende criteria en wordt onderverdeeld in de fysieke gender (de lichamelijke geslachtskenmerken), de genderidentiteit (het subjectieve gevoel tot een bepaalde sekse te behoren) en de genderrol (de publieke uitdrukking van de genderidentiteit).⁹

B. Definitie van transseksualiteit

8. Meestal wijzen alle geslachtskenmerken in de richting van dezelfde gender. Bij sommige personen manifesteert er zich echter een incongruentie tussen de onderscheiden constitutieve bestanddelen van hun gender, waardoor een gevoel van onbehagen kan ontstaan tegenover de biologische verschijningsvorm. Deze toestand wordt in de literatuur gender-dysforie genoemd.¹⁰

⁷ Dit zijn de andere, geslachtshormonaal beïnvloede verschillen, zoals borsten, beharing, vetafzetting en stem.

⁸ P. COHEN-KETTENIS, P., 'Het verschijnsel transseksualiteit', *l.c.*, 17-18; R. REID, 'Aspects psychiatriques et psychologiques du transsexualisme', in X. (ed.), *Transsexualisme, médecine et droit. Actes XXIII^e Colloque de droit européen*, Straatsburg, Editions du Conseil de l'Europe, 1995, 26-28; zie A.J. KUIPER, *o.c.*, 11-14.

⁹ P. COHEN-KETTENIS, A.J. KUIPER, W.A. ZWAAN en F.J. HUYSE, 'Transseksualiteit II. Diagnostiek: de eerste, tentatieve, fase', *Ned. Tijdschr. Gen.* 1992, 1895, cf. P. COHEN-KETTENIS, 'Het verschijnsel transseksualiteit', *l.c.*, 15; L.J. GOOREN, 'Inleiding', in L.J. GOOREN (ed.), *Transseksualiteit*, Alphen aan den Rijn, Samsom Stafleu, 1986, 9; A.J. KUIPER, *o.c.*, 2-3; E. PERSON en L. OVESEY, 'Psychoanalytische Theorien zur Geschlechtsidentität', *Psyche* 1993, 507-508; R. REID, *l.c.*, 25.

¹⁰ P. COHEN-KETTENIS, A.J. KUIPER, W.A. ZWAAN en F.J. HUYSE, 'Transseksualiteit II. Diagnostiek: de eerste, tentatieve fase', *l.c.*, 1895; A.J. KUIPER, *o.c.*, 3; A. MICHEL en C. MORMONT, 'Le transsexualisme : considérations générales et prise en charge', *Rev. Med. Liège* 1997, 165; A. PEN, 'Enkele psychiatrische aspecten van transseksualisme', in REDACTIE NEDERLANDS JURISTENBLAD (ed.), *Transsexualiteit. Vreemdeling* (wordt vervolgd...)

Transseksualiteit is de meest extreme variant van gender-dysforie, die gepaard gaat met de afwijzing van de eigen primaire en secundaire geslachtskenmerken, alsmede met de wens om permanent en onherkenbaar te kunnen leven in de rol van het andere geslacht.¹¹

Transseksualiteit dient derhalve gekwalificeerd te worden als een genderidentiteitsprobleem, waarbij een persoon alle fysieke kenmerken van een bepaald geslacht vertoont, maar psychologisch tot de tegenovergestelde sekse behoort.¹² Het betreft dus geenszins een seksuele stoornis.¹³

9. Binnen de transseksuele populatie kan een onderscheid worden gemaakt tussen primaire en secundaire transseksuelen.

Volgens PERSON en OVESEY zouden primaire transseksuelen reeds vanaf hun jeugd atypisch gendergedrag vertonen, en zich vanaf hun vroegste jaren ontwikkelen in de richting van transseksualiteit.¹⁴ Bij secundaire transseksuelen zouden de cross-gender gevoelens zich daarentegen pas op latere leeftijd onder invloed van stress manifesteren, na een periode van actieve homoseksualiteit of travestie.¹⁵

in eigen lichaam. *Juridische en medische opstellen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1976, 19; R. REID, *l.c.*, 25; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 313; P.J. VAN KESTEREN, L.J. GOOREN en J.A. MEGENS, 'An Epidemiological and Demographic Study of Transsexuals in the Netherlands', *Archives of Sexual Behavior* 1996, 590.

¹¹ L. COHEN, C. DE RUITER, H. RINGELBERG en P.T. COHEN-KETTENIS, 'Psychological Functioning of Adolescent Transsexuals: Personality and Psychopathology', *Journal of Clinical Psychology* 1997, 187-188; P. COHEN-KETTENIS en B. KUIPER, 'Transseksualiteit en psychotherapie', *Tijdschrift voor Psychotherapie* 1984, 153; G. DE CUYPERE, C. JANNES en R. RUBENS, 'Medisch-ethische benadering van transseksualiteit en de geslachtsaanpassende behandeling', *Tijdschrift voor Psychiatrie* 1995, 126; G. DE CUYPERE, C. JANNES en R. RUBENS, 'Psychosocial functioning of transsexuals in Belgium', *Acta Psychiatrica Scandinavica* 1995, 180; A.J. KUIPER, *o.c.*, 3; A. PEN, *l.c.*, 19-20; cf. A. MICHEL en C. MORMONT, *l.c.*, 165. Zie ook Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115.

¹² L.J. GOOREN, 'Inleiding', *l.c.*, 9; E. HEINZE, *Sexual Orientation: A Human Right. An Essay on Human Rights Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, 48; A.J. KUIPER, *o.c.*, 2; R. REID, *l.c.*, 25; cf. P. COHEN-KETTENIS en B. KUIPER, 'Transseksualiteit en psychotherapie', *l.c.*, 153.

¹³ A.J. KUIPER, *o.c.*, 3; R. REID, *l.c.*, 25; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 313.

¹⁴ E. PERSON en L. OVESEY, 'The Transsexual Syndrome in Males. I. Primary Transsexualism', *American Journal of Psychotherapy* 1974, 6, 8 en 15-17; E. PERSON en L. OVESEY, 'The Transsexual Syndrome in Males. II. Secondary Transsexualism', *American Journal of Psychotherapy* 1974, 174; zie ook A. MICHEL en C. MORMONT, *l.c.*, 165. *Stricto sensu* betreft het hier alleen man-naar-vrouw-transseksuelen. PERSON en OVESEY stellen immers dat vrouwelijke transseksualiteit alleen ontstaat bij lesbische vrouwen met een mannelijke genderidentiteit. Zij beschouwen vrouw-naar-man-transseksuelen dan ook als een variant van secundaire (homoseksuele) transseksualiteit: E. PERSON en L. OVESEY, 'The Transsexual Syndrome in Males. I. Primary Transsexualism', *l.c.*, 6.

¹⁵ E. PERSON en L. OVESEY, 'The Transsexual Syndrome in Males. I. Primary Transsexualism', *l.c.*, 6 en 8; E. PERSON en L. OVESEY, 'The Transsexual Syndrome in Males. II. Secondary Transsexualism', *l.c.*, 174-175. (wordt vervolgd...)

Andere auteurs hanteren deze typologie op een meer pragmatische wijze, en maken een indeling op basis van de leeftijd waarop de discrepantie tussen de lichamelijke geslachtskenmerken en het als eigen ervaren geslacht zich voor de eerste maal voordoet.¹⁶

C. Aflijning van het begrip

10. Transseksualiteit moet worden onderscheiden van enkele aanverwante verschijnselen, zoals interseksualiteit, homoseksualiteit en travestie.¹⁷ Laatstgenoemde verschijnselen behoren niet tot het voorwerp van deze studie.

1. Transseksualiteit is geen vorm van (fysieke) interseksualiteit

11. In tegenstelling tot transseksualiteit wordt interseksualiteit gekenmerkt door een tegenstrijdigheid in de onderscheiden fysieke geslachtskenmerken onderling. Aan de basis van deze afwijking in de seksuele ontwikkeling ligt een bewezen anatomische stoornis.¹⁸

In navolging van de medische wetenschap maakt de klassieke Belgische rechtspraak en rechtsleer dan ook terecht een onderscheid tussen (fysieke) interseksualiteit en (zuivere) transseksualiteit.¹⁹⁻²⁰

Ook LEVINE en LOTHSTEIN maken een onderscheid tussen primaire en secundaire gender-dysforie. Zij zijn evenwel van oordeel dat deze classificatie zowel op man-naar-vrouw-transseksuelen als op vrouw-naar-man-transseksuelen kan worden toegepast: S.B. LEVINE en L. LOTHSTEIN, 'Transsexualism or the Gender Dysphoria Syndromes', *Journal of Sex and Marital Therapy* 1981, 88-97; zie ook A. MICHEL en C. MORMONT, *l.c.*, 165.

¹⁶ P. COHEN-KETTENIS, 'Het verschijnsel transseksualiteit', *l.c.*, 21; cf. A.M. VERSCHOOR, 'Een biografische beschrijving van transseksuele cliënten in Nederland', in L.J. GOOREN (ed.), *Transseksualiteit*, Alphen aan den Rijn, Samsom Stafleu, 1986, 37.

¹⁷ L. VAN DE WIELE en K. SCHATTEMAN, 'De erkenning als rechtsbeginsel van het recht op geslachtswijziging door de Belgische rechtspraak', *R.W.* 1997-98, 175; cf. Verslag namens de Commissie verzoekschriften, *Zittingsdocumenten* Eur. Parl. 1989-90, Serie A, 19 juli 1989 - 1 september 1989, 8. Zie ook E. HEINZE, *o.c.*, 44-49 en 60; P.-A. SADON, concl. onder Cass. fr. 30 november 1983, *J.C.P.* 1984, II, nr. 20222; D. THOUVENIN, 'Le transsexualisme, une question d'état méconnue', *R.D.S.S.* 1979, 291-293.

¹⁸ R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, J. e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 313. De stelling dat transseksualiteit een perinatale biologische oorzaak zou hebben, is vooralsnog onvoldoende empirisch bevestigd. Zie over deze stelling *infra*, nrs. 64-68.

¹⁹ Gent 26 maart 1992, *Pas.* 1992, II, 44, concl. DE WILDE, verwijzende noot; Rb. Mechelen 17 juni 1975, *R.W.* 1975-76, 870, noot J.M. PAUWELS; Rb. Dendermonde 1 december 1989, *T.B.B.R.* 1989, 163; Rb. Leuven 18 april 1994, onuitg., nr. B.R.V. 44.420; Rb. Verviers 27 maart 1995, *T.B.B.R.* 1995, 403; G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1993, nr. 250; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, W. DE MULDER en R. DE WIT, 'Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1981-1987)', *T.P.R.* 1988, 435-436; H. DE PAGE en J.P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge* (hierna verkort geciteerd: *Traité*), II/1, *Les Personnes*, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 145; X. DIJON, noot onder Rb. Neufchâteau 14 januari 1987, *Rev. Rég. Dr.* 1987, 150; J.P. GEYSKENS, concl. onder Brussel 7 april 1992, *Pas.* 1992, II, 51-52; J.P. MASSON, 'Examen de jurisprudence (1984 à 1990) Les personnes', *R.C.J.B.* 1992, 410-411; M.T. (wordt vervolgd...)

12. Nochtans definiëren enkele auteurs²¹ interseksualiteit als iedere toestand waarbij een persoon op basis van de onderscheiden geslachtscriteria niet uitsluitend tot één geslacht behoort. Hieruit leiden zij vervolgens af dat transseksualiteit een van de subcategorieën van

MEULDERS-KLEIN, 'La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme', *T.B.B.R.* 1989, 9-10; J.M. PAUWELS, *Beginselen van personen- en familierecht*, I, *Personenrecht*, Leuven, Acco, 1985, 103; J.M. PAUWELS, 'Naar de juridische erkenning van de transseksualiteit?', (noot onder Rb. Antwerpen 8 februari 1979), *R.W.* 1979-80, 2066-2067; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht* (hierna verkort geciteerd : *Compendium*), Leuven, Acco, 2000, nr. 289; L. VAN DE WIELE en K. SCHATTEMAN, *l.c.*, 175. Cf. Brussel 7 april 1992, *Pas.* 1992, II, 49, concl. J.P. GEYSKENS, verwijzende noot; Rb. Brussel 23 januari 1985, *Rev. trim. dr. fam.* 1987, 283; Rb. Tongeren 2 oktober 1989, *T.B.B.R.* 1990, 165; J.-M. DERMAGNE, 'Identité juridique du transsexuel. L'état civil et le changement de sexe: vers l'hermaphrodisme par voie judiciaire', *J. Proc.* 1989, nr. 156, p. 36. Zie ook Rb. Bergen 11 mei 1988, *J.L.M.B.* 1990, 1170.

²⁰ Ook in de buitenlandse jurisprudentie en doctrine wordt dit onderscheid gehanteerd. In Frankrijk : T.G.I. Saint-Etienne 11 juli 1979, *D.* 1981, Jur. 270; T.G.I. Paris 7 december 1982, *Gaz. Pal.* 1983, Jur., 607, noot G. SUTTON; E.S. DE LA MARNIÈRE, noot onder Cass. fr. 3 maart 1987, *Gaz. Pal.* 1987, Jur., 578; F. FLIPPO, concl. onder Cass. fr. 21 mei 1990, *J.C.P.* 1990, II, nr. 21588; M. JÉOL, concl. onder Cass. fr. 11 december 1992, *J.C.P.* 1993, II, nr. 21991, p. 41; P. JOURDAIN, noot onder Cass. fr. 3 maart 1987 en 31 maart 1987, *D.* 1987, Jur., 446; L. LINOSSIER, 'Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique', *D.* 1981, Chron., 139; J. MASSIP, 'Le transsexualisme: état de question', *Defrénois* 1992, I, 1009-1010; J. MASSIP, Rapport onder Cass. fr. 21 mei 1990, *J.C.P.* 1990, II, nr. 21588; R. NERSON, 'Jurisprudence française en matière de droit civil. A. Personnes et droits de famille', *Rev. trim. Dr. civ.* 1966, 75; R. NERSON, 'Jurisprudence française en matière de droit civil. A. Personnes et droits de famille', *Rev. trim. Dr. civ.* 1976, 119; J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503; J. PENNEAU, noot onder Nancy 22 april 1982 en Cass. fr. 30 november 1983, *J.C.P.* 1984, II, nr. 20222; J. POUSSON-PETIT, 'Une illustration : le cas du transsexualisme', in C. NEIRINCK (ed.), *De la bioéthique au bio-droit*, Paris, L.G.D.J., 1994, 135; G. SUTTON, noot onder T.G.I. Paris 16 november 1982, T.G.I. Paris 7 december 1982, Agen 2 februari 1983 en T.G.I. Nanterre 21 april 1983, *Gaz. Pal.* 1983, Jur., 610; cf. Agen 2 februari 1983, *Gaz. Pal.* 1983, Jur., 603, noot G. SUTTON; T.G.I. Paris 16 november 1982, *Gaz. Pal.* 1983, Jur., 606, noot G. SUTTON; T.G.I. Niort 5 januari 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 264, noot X; M. GOBERT, 'Le transsexualisme, fin ou commencement?', *J.C.P.* 1988, I, nr. 3361; zie J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Parijs, L.G.D.J., 1993, nr. 1474-1488. In Nederland : C. ASSER, en J. DE BOER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht* (hierna verkort geciteerd : *Handleiding*), I, *Personen- en familierecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1998, nr. 94; J.M.H.D. MEIJER-VAN DER AA, *l.c.*, 117-118; cf. M.J.C. KOENS, K. BLANKMAN, A.H.P.M. DRIESSEN, A.P. VAN DER LINDEN, P. VLAARDINGERBROEK en C.G.M. VAN WAMELEN, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1998, 83; zie ook M.v.T., *Kamerst.* T.K. 1981-82, nr. 17297/3, 6-7; M.v.A., *Kamerst.* T.K. 1982-83, nr. 17297/6, 2-3. In Duitsland : BVerfG 11 oktober 1978, *StAZ* 1979, 9; OLG Frankfurt 8 december 1965, *OLGZ* 1966, 340; OLG Schleswig 2 augustus 1974, *StAZ* 1974, 303; A. MÜLLER-EMMERT en H.-D. HIERSCHE, 'Medizinisch-juristische Aspekte der Geschlechtsumwandlung', *Gynäkologe* 1976, 95; J. SCHWEINICH, 'Zum Jahreswechsel', *StAZ* 1981, 2; X., '3.2 Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besondere Fällen (Transsexuellengesetz - TSG)', in F. MASSFELLER, CH. BÖHMER, M. COESTER, P. DERLEDER en B. VERSCHRAEGEN (eds.), *Das gesamte Familienrecht. Das innerstaatliche Recht der Bundesrepublik Deutschland*, II, Neuwied, Hermann Luchterhand Verlag, 1994, losbl., 3/34-3/34(1); cf. BGH 21 september 1971, *StAZ* 1972, 137 en *NJW* 1972, 330, noot A. EBERLE; AG Flensburg 31 augustus 1979, *StAZ* 1980, 246; R. HEPTING en R. GAAZ, 'PStG § 30', in *Personenstandsrecht. Kommentar*, II, Frankfurt am Main, Verlag für Standesamtswesen, losbl., nr. 655.

²¹ A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed. Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 1995, nr. 153; A. MAERTENS, 'Transseksualiteit naar Belgisch recht', *T.P.R.* 1992, 302-303; J.M. PAUWELS, *Recht inzake seksualiteit. De hoofdlijnen van het Belgisch recht voor niet-juristen*, Leuven, Acco, 1992, 26 en 28; J.M. PAUWELS, 'Verandering van geslachtsaanduiding bij transseksuelen', (noot onder Rb. Mechelen 17 juni 1975), *R.W.* 1975-76, 875-876; H. WILLEKENS, *Vrouwelijkheid, mannelijkheid en recht. Theoretische verkenningen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 190-192; cf. P. SENAËVE en E. COENE, *Geregistreerd Partnerschap*, Antwerpen, Maklu, 1998, 45-46; zie ook A. SCHNEIDER, *Rechtsprobleme der Transsexualität - unter besonderer Berücksichtigung personenstandsrechtlicher und eherechtlicher Probleme (de lege lata und de lege ferenda)*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1977, 19-27.

interseksualiteit (*sensu lato*) vormt.

Dergelijke definitie werkt eerder verwarrend en heeft juridisch geen verdere relevantie. De vonnissen en arresten in verband met interseksualiteit betreffen immers gevallen van interseksualiteit *sensu stricto* (fysieke interseksualiteit: hermafroditisme of pseudohermafroditisme), zodat een analoge toepassing van de bij interseksualiteit gevolgde procedure van verbetering van akten van de burgerlijke stand op gevallen van transseksualiteit ook op grond van deze definitie onmogelijk is.²² Zij wordt dan ook niet gehanteerd in dit proefschrift.

2. Geen homoseksualiteit

13. Transseksuelen zijn evenmin homoseksuelen in de normale betekenis van het woord. De meeste homoseksuelen identificeren zichzelf ten volle met hun fysieke gender, maar voelen zich aangetrokken tot leden van hun eigen sekse.²³⁻²⁴

Transseksuelen hebben daarentegen de onweerlegbare overtuiging niet te behoren tot het geslacht waartoe zij volgens hun biologische geslachtskenmerken moeten worden gerekend. Gezien vanuit het oogpunt van hun genderidentiteit, gaan zij meestal relaties aan vanuit een heteroseksuele instelling.²⁵

²² Zie over deze problematiek verder *infra*, nrs. 459-464.

²³ A. MICHEL en C. MORMONT, *l.c.*, 166; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 313.

²⁴ Ook in de rechtspraak en rechtsleer wordt dit onderscheid gemaakt: Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115; BVerfG. 11 oktober 1978, *StAZ.* 1979, 9; J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1443-1454; F. FLIPPO, concl. onder Cass. fr. 21 mei 1990, *J.C.P.* 1990, II, nr. 21588; L. LINOSSIER, *l.c.*, 139; J. MASSIP, 'Le transsexualisme: état de question', *l.c.*, 1010; J. MASSIP, Rapport onder Cass. fr. 21 mei 1990, *J.C.P.* 1990, II, nr. 21588; J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503; J.M. PAUWELS, 'Naar de juridische erkenning van de transseksualiteit?', (noot onder Rb. Antwerpen 8 februari 1979), *l.c.*, 2067; J. PENNEAU, noot onder Nancy 22 april 1982 en Cass. fr. 30 november 1983, *J.C.P.* 1984, II, nr. 20222; P.-A. SADON, concl. onder Cass. fr. 30 november 1983, *J.C.P.* 1984, II, nr. 20222; D. THOUVENIN, *l.c.*, 291-292; cf. T.G.I. Saint-Etienne 11 juli 1979, *D.* 1981, Jur. 270; F. RIGAUX, 'Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme: une suite d'occasions manquées', (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *Rev. tr. Dr. Hom.* 1998, 138-139.

²⁵ A. MICHEL en C. MORMONT, *l.c.*, 166; I. PAULY, 'Adult manifestations of male transsexualism', in M. GREEN en J. MONEY (eds.), *Transsexualism and sex reassignment*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1969, 42-43; R. REID, *l.c.*, 26. Bij man-naar-vrouw-transseksuelen zou 77% een uitsluitende seksuele voorkeur hebben voor mannen. Vrouw-naar-man-transseksuelen zouden zich zelfs in 97% van de gevallen seksueel aangetrokken voelen tot vrouwen. Zie A.J. KUIPER, *o.c.*, 71 en 82-83.

3. Het (graduele) onderscheid met travestie

14. Hoewel er in beide gevallen sprake is van het dragen van kleding van het andere geslacht, bestaan er belangrijke verschillen tussen transseksualiteit en travestie.²⁶

De identiteitsbeleving van travestieten stemt in beginsel overeen met hun fysieke geslachtskenmerken.²⁷ Slechts in zeer beperkte mate en alleen tijdens de periode van de omkleeding, kan een identificatie met de andere sekse optreden. Verder heeft de omkleeding bij travestieten meestal een episodisch karakter, en fungeert zij louter als seksuele stimulus.²⁸

D. Belang van de studie

15. Op grond van de diagnosecriteria gebaseerd op D.S.M. III²⁹, wordt aangenomen dat transseksualiteit zou voorkomen bij één op honderdduizend mannen en bij één op vierhonderdduizend vrouwen.³⁰ Andere studies betwisten dit resultaat en schatten de frequentie drie tot vijf maal hoger.³¹ Er dient overigens rekening te worden gehouden met het

²⁶ Niettemin behoort een belangrijk percentage travestieten tot de groep van gender-dysforische personen en evolueren sommige travestieten in de richting van transseksualiteit. L.J. GOOREN, 'Inleiding', *l.c.*, 9-10; zie A.M. VERSCHOOR, 'Een biografische beschrijving van transseksuele cliënten in Nederland', *l.c.*, 36-37. Zie ook *supra*, nr. 9.

²⁷ A.J. KUIPER, *o.c.*, 4; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 313; cf. A.M. VERSCHOOR, 'Een biografische beschrijving van transseksuele cliënten in Nederland', *l.c.*, 34-46.

²⁸ A.J. KUIPER, *o.c.*, 4; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 313 en 316; cf. P. COHEN-KETTENIS en B. KUIPER, 'Transseksualiteit en psychotherapie', *l.c.*, 154; A.M. VERSCHOOR, 'Een biografische beschrijving van transseksuele cliënten in Nederland', *l.c.*, 32-33; cf. A. PEN, *l.c.*, 22.

²⁹ Zie over de diagnosecriteria : *infra*, nrs. 46-47.

³⁰ R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 314; cf. P.L. EKLUND, L.J. GOOREN en P.D. BEZEMER, 'Prevalence of Transsexualism in the Netherlands', *British Journal of Psychiatry* 1988, 638; R. REID, *l.c.*, 39-40.

³¹ In 1967 berekende WÅLINDER een prevalentie van 1:37.000 mannen en 1:100.000 vrouwen : J. WÅLINDER, 'Incidence and Sex Ratio of Transsexualism in Sweden', *British Journal of Psychiatry* 1971, 195-196. HOENIG en KENNA bewaarden in 1974 een gelijkaardig resultaat voor Engeland : J. HOENIG en J.C. KENNA, 'The Prevalence of Transsexualism in England and Wales', *British Journal of Psychiatry* 1974, 181-190. Vergelijkbare cijfers treft men eveneens aan bij OSBURG en WEITZE : S. OSBURG en C. WEITZE, 'Betrachtungen über zehn Jahre Transsexuellengesetz', *Recht & Psychiatrie* 1993, 102-104. Volgens de meest recente berekeningen van de groep rond GOOREN zou transseksualiteit in Nederland echter voorkomen bij 1 op 12.900 mannen en bij 1 op 30.400 vrouwen : A. BAKKER, P.J. VAN KESTEREN, L.J. GOOREN en P.D. BEZEMER, 'The prevalence of transsexualism in the Netherlands', *Acta Psychiatrica Scandinavica* 1993, 237-238; L.J. GOOREN, 'Transseksualiteit. I. Omschrijving, etiologie, hulpverlening', *Ned. Tijdschr. Gen* 1992, 1895. Over de cijfers in de periode 1976-1986 zie P.L. EKLUND, L.J. GOOREN en P.D. BEZEMER, 'Prevalence of Transsexualism in the Netherlands', *l.c.*, 638-640; zie ook P.J. VAN KESTEREN, L.J. GOOREN en J.A. MEGENS, 'An Epidemiological and Demographic Study of Transsexuals in the Netherlands', *l.c.*, 597. Op grond van D.S.M. IV zou (wordt vervolgd...)

bestaan van een "dark number". Men mag veronderstellen dat een niet gering aantal transseksuelen door allerlei factoren niet tot een behandeling komen.³²

Het staat echter vast dat de transseksuele populatie in absolute aantallen slechts een kleine minderheid van de bevolking uitmaakt. Niettemin heeft de geslachtsverandering zeer ingrijpende en complexe gevolgen, zowel voor de betrokken personen zelf, als voor het rechtssysteem dat met deze levensfeitelijkheid wordt geconfronteerd.

16. De discrepantie tussen de morfologische geslachtskenmerken en de genderidentiteit heeft voor de transseksueel een existentiële dimensie.³³ De beleving van de eigen kunne behoort tot de meest intieme aspecten van de menselijke persoonlijkheid, en bepaalt mede de positie van het individu in de maatschappij.³⁴ In dit opzicht vormt gender-dysforie een ernstige bedreiging voor de psychosociale ontwikkeling van de transseksueel. Het fundamentele karakter van de transseksualiteit verklaart de intensiteit van het streven van transseksuele mensen naar lichamelijke aanpassing en maatschappelijke erkenning.

De geslachtstransformatie betekent nochtans een breuklijn in hun leven. De omschakeling naar de andere sekse vereist een lange, pijnlijke en gevaarlijke medische behandeling³⁵, en gaat in vele gevallen gepaard met het verlies van sociale status³⁶ en het verbreken van familiale betrekkingen.³⁷

De vraag rijst dan ook of een rechtssysteem dat de drastische gevolgen van het detransseksualisatieproces zonder meer negeert, de menselijke waardigheid en het recht op

transseksualiteit voorkomen bij drie op honderdduizend mannen en bij één op honderdduizend vrouwen : A. MICHEL en C. MORMONT, *l.c.*, 166.

³² P. COHEN-KETTENIS, 'Het verschijnsel transseksualiteit', *l.c.*, 13-14; A. MICHEL en C. MORMONT, *l.c.*, 166; I. PAULY, 'Adult manifestations of male transsexualism', *l.c.*, 57.

³³ Zie S. DE BATSELIER, 'De prenatale analyse als toegangsweg tot een beter begrip van de ontstaansvoorwaarden der transseksualiteit', in F. FLEERACKERS (ed.), *Mens en Recht. Essays tussen rechtstheorie en rechtspraktijk. Liber Amicorum Jan M. Broekman*, Leuven, Peeters, 1997, 65-81.

³⁴ S.K. MARTENS, Dissenting Opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 26, § 3.4; D. FELDMAN, *Civil liberties & human rights in England & Wales*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 495.

³⁵ Zie *infra*, nrs. 51-62.

³⁶ Cf. Verslag namens de Commissie verzoekschriften, *Zittingsdocumenten Eur. Parl.* 1989-90, Serie A, 19 juli 1989 - 1 september 1990, 13-14.

³⁷ A.J. KUIPER, *o.c.*, 76.

eerbiediging van de menselijke persoonlijkheid niet miskent.³⁸

17. Anderzijds doorbreken transseksuelen de radicaliteit van het geslachtsonderscheid als grondslag van de maatschappelijke ordening, zodat het geslacht niet langer kan worden beschouwd als een onveranderlijk en unidimensioneel gegeven. De traditionele rechtsopvatting die het geslacht kenmerkt als een element van de staat van de persoon dat definitief wordt vastgesteld op het ogenblik van de geboorte, komt hierdoor in het gedrang.³⁹

Transseksualiteit bevindt zich bijgevolg in een spanningsveld van conflicterende publieke en individuele belangen.⁴⁰ De afweging van deze belangen verdient de aandacht van de jurist.⁴¹

§3. Overzicht van de juridische problematiek

18. De juridische aspecten van transseksualiteit zijn te situeren rond drie centrale thema's, die elk verband houden met een van de opeenvolgende fasen⁴² in het proces van sociale integratie van de transseksueel in de door hem of haar gewenste geslachtsrol.

³⁸ Zie G. TESAURO, concl. onder H.v.J. 30 april 1996, *Jur. H.v.J.* 1996, I, 2148-2149, nr. 9; S.K. MARTENS, Dissenting Opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 24-25, § 2.7.

³⁹ S. RODOTÀ, 'Présentation générale des problèmes liés au transsexualisme', in X. (ed.), *Transsexualisme, médecine et droit. Actes XXIII^e Colloque de droit européen*, Straatsburg, Editions du Conseil de l'Europe, 1995, 17-20; D. SALAS, o.c., 26-27; G. TESAURO, concl. onder H.v.J. 30 april 1996, *Jur. H.v.J.* 1996, I, 2149, nr. 9.

⁴⁰ W. GROSHEIDE, 'Transseksualiteit en de betrekkelijkheid van de rechtsvinding. Enkele opmerkingen over rechterlijke rechtsvinding door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, het Franse Cour de cassation en de Nederlandse Hoger Raad onder vigeur van art. 8 E.V.R.M.', in H. FRANKEN (ed.), *Drie treden. Over politiek, beleid en recht. Opstellen aangeboden aan Job de Ruiter ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, 365-366; E. HEINZE o.c., 12-13; D. SALAS, o.c., 27-31; LANGEMEIJER, concl. onder H.R. 13 december 1973, *N.J.* 1975, nr. 130, p. 420-421; cf. L. LINOSSIER, 'Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique', *D.* 1981, Chron., 145; F. TERRÉ en D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Paris, Dalloz, 1996, nr. 149. Cf. J.M. BROEKMAN, 'Transseksualiteit: het uiterlijk als norm en waarde', in L.J. GOOREN (ed.), *Transseksualiteit*, Alphen aan den Rijn, Samsom Stafleu, 1986, 156 : "Toch ervaart het recht, wellicht nog méér dan de geneeskunde, dat de grondslagen van de samenleving en het totaal van de maatschappelijke orde met zo'n verandering van geboortebewijs gemoeid is. Daardoor is er, juridisch gesproken, een *individueel* belang dat het *algemeen* belang van de rechtsorde niet in gevaar mag brengen. Opnieuw dringt de structurele vergelijking met de terrorist zich op."

⁴¹ H. DE PAGE en J.P. MASSON, *Traité*, II/1, nr. 144; D. THOUVENIN, *I.c.*, 291. E. HEINZE, o.c., 305 : "Fifth, as *van Oosterwijck* and its progeny suggest, the problems of transsexuals (and, by extension of intersexuals) cannot be solved only through attention to the classical, liberal-democratic rights emphasized here. Affirmative measures are also required in order to achieve adequate counseling, safe medical procedures, and appropriate modifications in civil status and in corresponding legal documents. These issues will require further, independent study."

⁴² J.M. PAUWELS, 'Verandering van geslachtsaanduiding bij transseksuelen', (noot onder Rb. Mechelen 17 juni 1975), *I.c.*, 879, cf. S. SNELDERS en S. DE BATSELIER, o.c., 6-7.

19. Dit proces vangt aan met het onweerlegbare verlangen van de betrokkene naar de correctie van het verkeerde lichaam waarin hij werd geboren. Hierbij rijst de vraag op welke wijze de geslachtsaanpassende behandeling juridisch en deontologisch wordt geregeld en meer bepaald aan welke voorwaarden men moet voldoen om deze behandeling te mogen ondergaan.

20. Als de lichamelijke veranderingen hun voltooiing naderen, wordt de transseksueel zich vervolgens op een vaak pijnlijke manier bewust van de tegenstelling tussen zijn nieuwe uiterlijk en zijn officiële kunne. Zonder formele bevestiging van de feitelijke transformatie, blijft hij als het ware een ambigu wezen, blootgesteld aan de indiscretie van de maatschappij.

Bijgevolg moet worden onderzocht in welke mate de geslachtsaanduiding in de geboorteakte en de geslachtsgebonden voornaam kunnen worden gewijzigd.

21. Uiteindelijk volgt de laatste fase waarin de transseksuele mens zich overeenkomstig zijn “nieuwe” rol gaat integreren in de maatschappij, en socio-affectieve relaties aangaat met anderen. In dit stadium is het voor de betrokkene van belang te weten welke draagwijdte de geslachtswijziging voor hem in het dagelijkse leven heeft.

AFDELING 2. DOELSTELLING

22. Sedert meer dan drie decennia wordt de Belgische rechtspraak geconfronteerd met de verschillende rechtsvragen die naar aanleiding van de maatschappelijke problematiek van transseksualiteit kunnen worden gesteld.

Bij gebreke aan een bijzondere wetgeving met betrekking tot de voorwaarden, de procedure en de gevolgen van de geslachtsverandering, heeft de rechtspraak op diverse manieren getracht om binnen het bestaande wettelijke kader een antwoord te bieden op de verschillende conflictsituaties waarin de transseksuele mens zich geplaatst ziet. Onderhavig proefschrift beoogt daarom in de eerste plaats de veelheid van rechterlijke uitspraken te classificeren en een systematische beschrijving te bieden van de oplossingen die door de rechtspraak en rechtsleer worden uitgewerkt.

23. Aansluitend bij dit descriptieve aspect van deze studie, worden de bestaande strekkingen binnen de jurisprudentie en de doctrine onderworpen aan een *interne evaluatie*, dit wil zeggen dat zij worden getoetst aan het kader waarbinnen zij dienen te functioneren.

Wanneer de bestaande interne wetgeving geen direct antwoord biedt op de noden die worden gesteld door een nieuw maatschappelijk fenomeen als transseksualiteit, is het weliswaar de

taak van de rechter om aan rechtsvinding te doen en de leemte in de wetgeving op te vullen. De rechter vervult deze rechtscreërende functie evenwel niet in het luchtledige. Dit geldt des te meer voor de onderzochte materie, vermits het geslacht een element is van de staat van de persoon en als dusdanig de openbare orde raakt.

Daarom moet worden getracht om zoveel als mogelijk aansluiting te zoeken met de thans geldende rechtsregels en de beginselen die aan de grondslag liggen van het rechtssysteem, ten einde interne contradicties binnen het systeem te vermijden.

24. In het licht van de bepalingen van de internationale verdragen tot bescherming van de rechten van de mens, wordt de huidige Belgische regeling vervolgens gesitueerd in het perspectief van de ontwikkelingen in een aantal buitenlandse rechtssystemen.

Het oogmerk van dit rechtsvergelijkende onderzoek bestaat in de *evaluatie* van de *doelmatigheid* van de Belgische regeling. Er wordt met andere woorden nagegaan in hoeverre deze jurisprudentiële regels een *adequate* respons bieden op de gestelde problematiek.

25. De symbiose van de resultaten van beide evaluatieve momenten leidt tenslotte tot de beantwoording van de vraag of in België een wetgevend initiatief wenselijk is. Indien dit antwoord bevestigend luidt, zal een eigen standpunt *de lege ferenda* worden ingenomen in de vorm van een proeve van wetsvoorstel. In de tegenovergestelde hypothese, zullen richtlijnen worden geformuleerd ter verfijning van de reeds ontwikkelde jurisprudentiële regels.

AFDELING 3. METHODE

§1. Algemeen

26. Bij ontstentenis van een wettelijke regeling van de geslachtswijziging in het Belgische recht, wordt het onderzoeksobject eerst gesitueerd in de context van de fundamentele rechten en vrijheden. Daarbij gaat de aandacht vooral uit naar het E.V.R.M. en de beslissingen van de organen van de Raad van Europa.

Sinds het *Marckx*-arrest⁴³ van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens kan de "Straatsburgse dimensie" van het personen- en familierecht immers niet meer worden weggedacht, en hebben de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een vooraanstaande rol gespeeld bij de snelle

⁴³ E.H.R.M., arrest *Marckx* / België van 13 juni 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 31, p. 5.

ontwikkelingen in deze rechtstak.⁴⁴ Bovendien hebben beide instanties reeds verscheidene malen individuele klachten van transseksuelen behandeld.

27. Aangezien een kritische evaluatie van het eigen recht vooropstaat, wordt vervolgens de huidige stand van het Belgische recht als uitgangspunt genomen bij de behandeling van de verschillende deelaspecten van de juridische problematiek.⁴⁵ Omwille van de bijzondere aard van het onderzoeksobject, blijft de beschrijving evenwel niet beperkt tot de klassieke rechtsbronnen, maar worden ook de administratieve praktijk inzake de wijziging van geslachtsgebonden voornaam, alsook de medische gebruiken inzake de behandeling van transseksuelen bestudeerd.

28. De studie van het interne recht volstaat mijns inziens echter niet om de vraag te beantwoorden of een legislatief optreden in België wenselijk en mogelijk is. Daarom worden de bestaande normen in een rechtsvergelijkend perspectief geplaatst.

Uit de confrontatie met buitenlandse ervaringen kunnen belangrijke lessen worden getrokken in verband met de haalbaarheid van een doeltreffende wettelijke regeling in het eigen rechtssysteem.⁴⁶ Daarenboven toont de rechtsvergelijking eventuele lacunes in het recht aan⁴⁷ en biedt zij een waaier van modellen ter voorkoming of oplossing van deze onvolmaaktheden.⁴⁸

⁴⁴ Zie C. ASSER, en J. DE BOER, *Handleiding*, I, nrs. 11-20; P. SENAËVE, *Compendium*, nrs. 17-21; P. SENAËVE, 'Het personen- en familierecht, de Grondwet en het E.V.R.M.', in M. STORME (ed.), *Personen- en Familierecht. Gezin en Recht in een Postmoderne samenleving*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 331-375; P. SENAËVE, 'Van Marckx tot Vermeire: 12 ½ jaar rechtspraak van het Straatsburgse Hof', *F.J.R.* 1991, 246-247.

⁴⁵ Cf. N. FLORIJN, *Rechtsvergelijking in het wetgevingsproces*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, 153; J.G. SAUVEPLANNE, *De methoden van privaatrechtelijke rechtsvergelijking* (hierna verkort geciteerd : *De methoden*), in NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSVERGELIJKING (ed.), *Geschriften van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, XX, Deventer, Kluwer, 1975, p. 15, nr. 9.

⁴⁶ N. FLORIJN, *o.c.*, 113; cf. L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, II, *La méthode comparative*, Parijs, L.G.D.J., 1974, 331; F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN en F. REYNTJENS, *Rechtsvergelijking*, Brussel, Story-Scientia, 1991, p. 79-80, nr. 126; D. KOKKINI-IATRIDOU, 'De rechtsvergelijking', in D. KOKKINI-IATRIDOU (ed.), *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Deventer, Kluwer, 1988, 28; W. PINTENS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, nr. 29.

⁴⁷ T. DE BOER, 'Uitgangspunten van een rechtsvergelijkende theorie : een paradigma voor de lage landen', *A.Ae.* 1994, 306. ZWIGERT spreekt in dit verband van de "Kontrollfunktion" van de rechtsvergelijking : K. ZWIGERT, 'Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode', *RabelsZ.*, 1949-50 17-21; cf. L.J. CONSTANTINESCO, *o.c.*, 330-331; N. FLORIJN, *o.c.*, 106.

⁴⁸ T. DE BOER, *l.c.*, 306; D. KOKKINI-IATRIDOU, 'De rechtsvergelijking', *l.c.*, 35; J.G. SAUVEPLANNE, *Rechtsstelsel in vogelvucht. Een inleiding tot de privaatrechtsvergelijking* (hierna verkort geciteerd : *Rechtsstelsels*), Deventer, Kluwer, 1975, p. 2, nr. 2; K. ZWIGERT en H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1996, 14.

Aldus laat de vergelijkende methode toe een wetenschappelijk onderbouwde keuze te maken tussen de verschillende wijzen waarop een juridisch vraagstuk kan worden aangepakt.⁴⁹ Dit geldt in het bijzonder voor een betrekkelijk nieuw en niet onomstreden fenomeen als transseksualiteit, waarbij het rechtsvergelijkende onderzoek bijdraagt tot de rechtsvorming door originele invalshoeken te verschaffen en onvermoede conflictsituaties bloot te leggen.⁵⁰⁻⁵¹

Het belang van de comparatieve argumentatie in het wetgevingsproces blijkt overigens uit het veelvuldige gebruik van de rechtsvergelijking bij de voorbereiding van belangrijke (wetgevende) hervormingen.⁵² Onder meer op het gebied van het personen- en familierecht hebben vele Europese wetgevers zich herhaaldelijk laten inspireren door buitenlandse voorbeelden, hoofdzakelijk met het oog op de aanpassing van het recht aan de veranderende sociale opvattingen.⁵³

29. Gelet op het hervormende en evaluatieve karakter van dit proefschrift, is een waardering van de onderzoeksresultaten onontbeerlijk.⁵⁴ De bespreking van de onderscheiden deelproblemen wordt dan ook telkens afgesloten met een beoordeling van de in de onderscheiden rechtsstelsels gevonden oplossingen.

⁴⁹ N. FLORIJN, *o.c.*, 104.

⁵⁰ Rb. Mechelen 17 juni 1975, *R.W.* 1975-76, 870, noot J.M. PAUWELS, : "Het is wenselijk voor een oplossing van het probleem dat ontstaat door de weerslag van nieuwe medische technieken op bestaande rechtsinstellingen, gegrond op oudere wetbepalingen, ook de buitenlandse rechtspraktijk na te gaan."

⁵¹ Aan de hand van een tweetal voorbeelden illustreert MARKESINIS de rol die de rechtsvergelijking kan spelen bij het oplossen van nieuwe juridische kwesties die zijn ontstaan omdat het recht de vooruitgang van de medische wetenschap niet heeft kunnen bijhouden : B.S. MARKESINIS, 'Rechtsvergelijking - een onderwerp op zoek naar een gehoor', *T.P.R.* 1989, 1622-1626. Cf. B. GROSSFELD, *The Strength and Weakness of Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, 112.

⁵² L.-J. CONSTANTINESCO, *o.c.*, 331-332; B. GROSSFELD, *o.c.*, 15; F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN en F. REYNTJENS, *o.c.*, p. 80, nr. 126; D. KOKKINI-IATRIDOU, 'De rechtsvergelijking', *l.c.*, 28; W. PINTENS, *o.c.*, nr. 30; K. ZWIEGERT, *l.c.*, 9; K. ZWIEGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 14-16.

⁵³ O. KAHN-FREUND, 'On uses and misuses of comparative law', *The Modern Law Review* 1974, 4-5 en 13-17. Zo werd bij de voorbereiding van de Nederlandse wetgeving betreffende transseksuele personen een studie gemaakt van de Zweedse en Duitse wettelijke reglementeringen : M.v.T., *Kamerst.* T.K. 1981-82, nr. 17297/3, 17; F.W. GROSHEIDE, 'Naar een juridisch statuut voor transseksuelen', *N.J.B.* 1983, 440. Ook aan de totstandkoming van de Duitse *Transsexuellengesetz* ging een uitvoerig rechtsvergelijkend onderzoek vooraf, waarbij zelfs niet-Europese rechtsstelsels werden onderzocht : *Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz - TSG)*, *Drucksache Bundestag* 1979, nr. 8/2947, 9-11; K. ZWIEGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 15; cf. A. MAERTENS, *l.c.*, 300.

⁵⁴ F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN en F. REYNTJENS, *o.c.*, p. 61, nr. 91; cf. L.-J. CONSTANTINESCO, *o.c.*, 276-278; D. KOKKINI-IATRIDOU, 'Onderzoek', in D. KOKKINI-IATRIDOU (ed.), *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Deventer, Kluwer, 1988, 179; W. PINTENS, *o.c.*, nr. 102; zie K. ZWIEGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 46-47.

Het oogmerk van het onderzoek bepaalt tevens de maatstaf die hierbij zal worden gehanteerd.⁵⁵ In het kader van de eigen rechtsontwikkeling dient in de eerste plaats te worden nagegaan of de gevonden oplossingen functioneren in het land van oorsprong.⁵⁶ Daarna moet worden afgewogen welke elementen van deze buitenlandse regelingen zich er het beste toe lenen om te worden overgenomen in de eigen rechtskring. Bij deze laatste evaluatie worden enerzijds *systeemgebonden* criteria gehanteerd, zoals de rechtszekerheid en de samenhang van het eigen rechtssysteem, en anderzijds *probleemgebonden* criteria, zoals de adequate en soepele beantwoording van de noden van de transseksuelen mens.⁵⁷

30. Op grond van deze gegevens is het tenslotte de bedoeling hetzij een proeve van wetsvoorstel uit te werken, waarin de huidige Belgische rechtspraktijk, de bruikbare buitenlandse oplossingen en de nieuw verkregen inzichten tot een coherent geheel worden verwerkt, hetzij richtlijnen te formuleren ter verfijning van de bestaande jurisprudentiële oplossingen. De rechtsvergelijkende methode wordt dus op een eclectische wijze aangewend.⁵⁸

§2. Uitwerking van de rechtsvergelijkende methode

A. De keuze van een beschrijvende methode

31. In onderhavig proefschrift wordt geopteerd voor een eerder dogmatische vorm van rechtsvergelijking.

Weliswaar wordt de juridische problematiek van transseksualiteit ingedeeld in vier deelproblemen⁵⁹, doch het onderzoek van de wijze waarop deze onderscheiden deelproblemen in de buitenlandse rechtsstelsels worden opgelost, vertrekt in de eerste plaats vanuit de formele rechtsbronnen en de rechtsinstituten die in de onderzochte stelsels worden teruggevonden.

⁵⁵ L.-J. CONSTANTINESCO, *o.c.*, 277; D. KOKKINI-IATRIDOU, 'Onderzoek', *l.c.*, 180; J.G. SAUVEPLANNE, *De methoden*, p. 39-40, nr. 21; cf. W. PINTENS, *o.c.*, nr. 102.

⁵⁶ K. ZWIGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 16.

⁵⁷ Cf. K. ZWIGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 16; L.-J. CONSTANTINESCO, *o.c.*, 276-277; B. GROSSFELD, *o.c.*, 46-47; J.G. SAUVEPLANNE, *De methoden*, p. 39-40, nr. 21.

⁵⁸ Cf. D. KOKKINI-IATRIDOU, 'Onderzoek', *l.c.*, 184-185.

⁵⁹ Met name de toelaatbaarheid van de geslachtsaanpassende behandeling (titel II), de wijziging van het geslacht (titel III) en de voornaam (titel IV), en de gevolgen van de wijziging van de kunne (titel V).

32. Hoewel de dogmatische methode vaak als te eenzijdig wordt beschouwd⁶⁰, is de keuze van deze methode toch verantwoord in het licht van de opzet en het oogmerk van deze studie.

Het uitwerken van concrete richtlijnen - al dan niet in de vorm van een wetsvoorstel - ten einde de bestaande interne regeling inzake transseksualiteit op technisch vlak te verbeteren, noopt tot een onderzoek waarbij zowel de interne als de buitenlandse rechtsregels aan een diepgravende technische analyse worden onderworpen. Deze werkwijze rechtvaardigt de gebruikte beschrijvende methode.⁶¹

33. Nochtans mogen de beperkingen van deze methode niet volledig uit het oog verloren worden. Het gevaar bestaat met name dat de bestudeerde formele rechtsbronnen slechts een partieel beeld bieden van de rechtswerkelijkheid.⁶² Dit risico kan reeds enigszins worden ondervangen door in het rechtsvergelijkende onderzoek verwante rechtssystemen te betrekken met een gelijkaardige sociaal-economische en politieke achtergrond.⁶³

Bovendien blijft de studie van de uitgekozen rechtsorden niet beperkt tot de klassieke formele rechtsbronnen, maar wordt tevens getracht om andere voor de rechtspraktijk relevante elementen in aanmerking te nemen. Dit geldt onder meer voor de toelaatbaarheid van de geslachtsaanpassende behandeling, die bezwaarlijk kan worden bestudeerd zonder rekening te houden met de zelfregulering van de medische professie inzake de diagnosestelling en behandeling van transseksualiteit.

Tenslotte wordt voor elk van de onderscheiden deelproblemen in de afsluitende hoofdstukken op een meer probleemgeoriënteerde wijze nader ingegaan op de betekenis van de gevonden overeenkomsten en verschillen voor het Belgische recht, waarbij ook aandacht wordt besteed aan de achtergronden en de effectiviteit van de besproken buitenlandse (rechts)regels.

⁶⁰ F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN en F. REYNTJENS, *o.c.*, p. 28, nr. 34; W. PINTENS, *o.c.*, nr. 91; cf. H.U. JESSURUN D'OLIVIERA, 'Bestaat rechtsvergelijking?', in NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSVERGELIJKING (ed.), *Geschriften van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, XXX, Deventer, Kluwer, 1980, p. 2-3, nr. 2; D. KOKKINI-IATRIDOU, 'Algemene vraagstukken van het onderzoek', in D. KOKKINI-IATRIDOU (ed.), *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Deventer, Kluwer, 1988, 135-137; J.G. SAUVEPLANNE, *Rechtssystemen*, p. 7-8, nr. 6.

⁶¹ Cf. W. PINTENS, *o.c.*, nr. 91.

⁶² F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN en F. REYNTJENS, *o.c.*, p. 28-29, nrs. 34-35; D. KOKKINI-IATRIDOU, 'Algemene vraagstukken van het onderzoek', *l.c.*, 128-129; W. PINTENS, *o.c.*, nrs. 91-92 en 97; K. ZWIEGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 34-36; zie ook J.G. SAUVEPLANNE, *De methoden*, p. 23-31, nrs. 14-17.

⁶³ Cf. F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN en F. REYNTJENS, *o.c.*, p. 29-30, nr. 37. Zie ook *infra*, nrs. 34-39.

B. De selectie van de buitenlandse rechtsstelsels

34. Vermits het rechtsvergelijkende onderzoek in dit werk gericht is op de analyse van de technische rechtsregels die toepasselijk zijn op een sterk maatschappijgebonden probleem, speelt de vergelijkbaarheid van de samenlevingen een belangrijke rol bij de keuze van de buitenlandse rechtsstelsels die in de vergelijking worden betrokken.

Een te groot verschil in de politieke, sociale en economische structuur tast immers de kracht van dergelijke comparatieve argumentatie aan.⁶⁴ Dit geldt vooral wanneer de resultaten van dit rechtsvergelijkende onderzoek - zoals in deze studie - worden omgezet in concrete richtlijnen ter verbetering en verfijning van de bestaande rechtspraktijk.⁶⁵ Nochtans mag men dit laatste probleem niet overschatten. Ingevolge de industrialisatie en de ontwikkeling van de moderne communicatiemiddelen vormen de sociaal-economische en culturele factoren niet langer een belangrijke hinderpaal voor de overname van buitenlandse (rechts)regels.⁶⁶

35. De vereiste van vergelijkbaarheid brengt voor de centrale onderzoeksvraag alleszins geen problemen met zich mee, in zoverre het rechtsvergelijkende onderzoek zich beperkt tot West- en Centraaleuropese rechtsstelsels behorend tot de Romaans-Germaanse familie.⁶⁷ Men mag er immers van uitgaan dat de problematiek van transseksualiteit zich in deze samenlevingen in vrijwel identieke termen stelt.⁶⁸

36. Daar de ontwikkeling van het eigen recht vooropstaat, wordt de verdere selectie van de te onderzoeken rechtsstelsels vooral gemaakt vanuit de optiek van de eigen rechtsorde.⁶⁹

⁶⁴ Cf. F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN en F. REYNTJENS, *o.c.*, p. 19, nr. 21 en p. 22-23, nr. 26; R. RODIÈRE, *o.c.*, 138 : "Les systèmes juridiques qui ressortissent à des civilisations profondément opposées, ne doivent être comparés que dans leurs principes, et non dans les détails de leurs règles de droit."; zie W. PINTENS, *o.c.*, nrs. 48-50.

⁶⁵ Cf. N.S. MARSH, 'Comparative law and law reform', *RebelsZ* 1977, 664 : "Comparatists who aspire to be national law reformers must be careful to see that their legal transplants are put in the right plot, that is one which more or less provides the same kind of socio-political soil as that from which they were taken."

⁶⁶ Zie O. KAHN-FREUND, *l.c.*, 8-13.

⁶⁷ Cf. M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, Editions ides et calendes, 1971, 98-99. Dit geldt zelfs voor een "gevoelig" rechtsgebied als het personen- en familierecht : cf. O. KAHN-FREUND, *l.c.*, 13-17. Over de historiek en de onderverdeling van de Romanistisch-Germanistische groep zie F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN en F. REYNTJENS, *o.c.*, p. 142-145, nrs. 252-257.

⁶⁸ Cf. F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN en F. REYNTJENS, *o.c.*, p. 79-80, nrs. 125-126.

⁶⁹ Cf. J.G. SAUVEPLANNE, *De methoden*, p. 13, nr. 7. De selectie wordt immers bepaald door het doel van het onderzoek : L.-J. CONSTANTINESCO, *o.c.*, 42; F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN en F. REYNTJENS, *o.c.*, p. 26, nr. 32 en p. 77, nr. 122.

Binnen de groep van vergelijkbare (Romanistisch-Germanistische) rechtsstelsels zal het onderzoek zich dan ook allereerst toespitsen op de rechtsordes waarmee het Belgische recht verwantschap vertoont en wier literatuur de eigen rechtsleer heeft beïnvloed. Daarna kan de aandacht uitgaan naar verder afgelegen stelsels waarin interessante suggesties voor het onderzoeksobject kunnen worden gevonden.⁷⁰ Bij deze selectie kunnen ook andere criteria als de beheersing van de taal van de uitgekozen stelsels⁷¹ of de hoge specialisatiegraad van een bepaalde rechtsorde in de onderzochte rechtstak een doorslaggevende rol spelen.⁷²

37. Bij toepassing van deze methodologische richtlijnen ligt de keuze van het Franse recht als primair vergelijkingspunt voor de hand. Omwille van de ontzaglijke invloed op het Belgische privaatrecht in het algemeen en het Belgische personen- en familierecht in het bijzonder, kan onmogelijk aan dit rechtssysteem worden voorbijgegaan.

Daarenboven heeft het Franse Hof van Cassatie zich tijdens de afgelopen vijftien jaren - zelfs bij gebreke aan een bijzondere wetgeving - herhaaldelijk dienen uit te spreken over de wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte van een transseksueel, daar waar deze problematiek tot op heden nog niet aan het hoogste Belgische civiele rechtscollege werd voorgelegd. In die zin biedt het Franse recht een voorbeeld van een mogelijke jurisprudentiële oplossing van de problematiek van transseksualiteit en is de studie van dit rechtsstelsel van belang voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag.

38. Vervolgens worden de eigen regels vergeleken met het Nederlandse en het Duitse recht.

Elk van deze rechtsordes kent immers sinds vele jaren een specifieke wetgeving inzake transseksualiteit, zodat uit de resultaten van een kritisch vergelijkingsproces kan worden afgeleid of een gelijkaardige wetgevende tussenkomst in België noodzakelijk en mogelijk is en welke bepalingen eventueel in een wetsvoorstel moeten worden opgenomen.

39. Een vergelijking met het Italiaanse en Zweedse recht zou vanuit dit oogpunt eveneens

⁷⁰ D. KOKKINI-IATRIDOU, 'De rechtsvergelijking', *l.c.*, 19; J.G. SAUVEPLANNE, *De methoden*, p. 13, nr. 7; cf. L.-J. CONSTANTINESCO, *o.c.*, 38; F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN en F. REYNTJENS, *o.c.*, p. 25, nr. 32.

⁷¹ D. KOKKINI-IATRIDOU, 'Algemene vraagstukken van het onderzoek', *l.c.*, 142; cf. F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN en F. REYNTJENS, *o.c.*, p. 26, nr. 32; zie W. PINTENS, 'Rechtsvergelijking en taal', *A.Ae.* 1994, 290-296.

⁷² D. KOKKINI-IATRIDOU, 'Algemene vraagstukken van het onderzoek', *l.c.*, 140; K. ZWIEGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 40-41. Zo hebben de Scandinavische landen een reputatie verworven als pioniers en specialisten op gebied van het personen- en familierecht.

zinnig kunnen zijn.⁷³ Gelet op de specifieke opzet van het onderzoek wordt echter afgezien van een grondige vergelijking met deze beide rechtsstelsels.

De meerwaarde van een gedetailleerde analyse van de oplossingen van twee bijkomende rechtsstelsels staat immers niet in verhouding tot de toename van de omvang van onderhavig werk die er onvermijdelijk het gevolg van zou zijn. Bovendien veronderstelt een doorgedreven technische benadering van het gekozen onderwerp op rechtsvergelijkend vlak een voldoende kennis van de taal van de onderzochte rechtsstelsels evenals een voldoende beschikbaarheid van voldoende origineel bronnenmateriaal.⁷⁴

Bijgevolg worden de oplossingen uit het Italiaanse en Zweedse recht slechts partieel besproken in de besluitvorming bij elk van de onderscheiden deelproblemen, met name in zoverre zij een bijkomende originele invalshoek bieden die niet kan worden teruggevonden in het Franse, Nederlandse of Duitse recht.

C. De simultane weergave van de onderzoeksresultaten

40. Gelet op het oogmerk van het rechtsvergelijkende onderzoek, het voorwerp van de studie, en het aantal gekozen rechtsorden, worden de in de onderscheiden stelsels gevonden oplossingen per deelprobleem weergegeven. Deze techniek bevordert de helderheid van het onderzoeksverslag en laat de verschillen en de gelijkenissen tussen de gegeven antwoorden veel duidelijker uitkomen.⁷⁵

⁷³ Samen met Duitsland en Frankrijk worden deze landen overigens genoemd in de door ZWIEGERT en KÖTZ geformuleerde vuistregel met betrekking tot de selectie van de buitenlandse rechtsstelsels : K. ZWIEGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 40-41.

⁷⁴ Zie over de vereiste taalkennis: W. PINTENS, *o.c.*, nrs. 52-53.

⁷⁵ D. KOKKINI-IATRIDOU, 'Opbouw van het onderzoeksverslag', in D. KOKKINI-IATRIDOU (ed.), *Een inleiding tot het rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer, Kluwer, 1988, 187-189; cf. L.-J. CONSTANTINESCO, *o.c.*, 283-284.

HOOFDSTUK II.

MEDISCHE EN PSYCHOSOCIALE BENADERING VAN TRANSSEKSUALITEIT

AFDELING 1. SITUERING

41. Hoewel dit proefschrift in beginsel beperkt wordt tot de juridische aspecten van transseksualiteit, kan in de inleidende titel niet worden voorbijgegaan aan de medische en psychosociale dimensie van de problematiek.

Deze interdisciplinaire uitweiding vindt haar verantwoording in de opzet en het voorwerp van het onderzoek. Een strikt juridische benadering riskeert immers te resulteren in een theorie die elke voeling met het onderliggende maatschappelijke probleem mist.⁷⁶ Bovendien gaat elke kritische analyse van de juridische regeling van transseksualiteit uit van bepaalde medische en psychosociale premissen, die noodzakelijkerwijze moeten worden geëxpliciteerd.⁷⁷

42. Onderhavig hoofdstuk belicht daarom in de eerste plaats de verschillende fasen van de medische behandeling van extreme gender-dysforie. Daarna wordt een overzicht geboden van de discussie omtrent de etiologie van transseksualiteit.

AFDELING 2. HET DETRANSSEKSUALISATIEPROCES

§1. Overzicht

43. De operatieve geslachtswijziging van Christine Jorgensen, uitgevoerd in Denemarken in 1952, vormde de aanzet tot een hevige controverse met betrekking tot het therapeutische resultaat van de geslachtsaanpassende behandeling.⁷⁸

Een aantal auteurs verdedigde immers de opvatting dat aan de problematische

⁷⁶ S. RODOTÀ, *l.c.*, 18.

⁷⁷ Cf. E. PALM, I. FOIGHEL en R. PEKKANEN, Gemeenschappelijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 42, § 2.

⁷⁸ A.J. KUIPER, *o.c.*, 22-23; L. COHEN, C. DE RUITER, H. RINGELBERG en P.T. COHEN-KETTENIS, 'Psychological Functioning of Adolescent Transsexuals: Personality and Psychopathology', *l.c.*, 188; S.B. LEVINE en L. LOTHSTEIN, *l.c.*, 85-86; F. RIGAUX, 'Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées', (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *l.c.*, 137.

geslachtsbeleving van transseksuele personen een psychotische stoornis ten grondslag ligt die slechts door een intensieve psychotherapie kan worden verholpen.⁷⁹ Een geslachtsoperatie zou dan ook geen oplossing bieden voor het door transseksuelen ervaren identiteitsprobleem.

Anderen gingen er daarentegen van uit dat de identificatie met de tegenovergestelde sekse authentiek is, zodat zoveel mogelijk moet worden tegemoet gekomen aan de legitieme wens tot lichamelijke aanpassing.⁸⁰ De onveranderlijkheid van de gender-identiteit zou bovendien een alternatieve therapie onmogelijk maken.⁸¹

44. De hulpverleningspraktijk heeft intussen aangetoond dat psychoanalyse en gedrags-therapeutische interventies er slechts zelden toe leiden dat transseksuelen afzien van hun wens tot geslachtsverandering.⁸² De lichamelijke geslachtsverandering blijkt doorgaans de meest aangewezen behandelingswijze van extreme gender-dysforie.⁸³ Follow-up studies bevestigen deze vaststelling en wijzen op een significante afname van de gender-dysforische gevoelens

⁷⁹ Cf. J. KRONBERG, S. TYANO, A. APTER en H. WIJSENBEK, 'Treatment of transsexualism in adolescence', *Journal of Adolescence* 1981, 179-181; *contra* : F.J. HUYSE, 'Psychiater en transseksueel', in L.J. GOOREN (ed.), *Transseksualiteit*, Alphen aan den Rijn, Samsom Stafleu, 1986, 59-60; I. PAULY, 'Adult manifestations of female transsexualism', in M. GREEN en J. MONEY (eds.), *Transsexualism and sex reassignment*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1969, 80. Zie ook : E. PERSON en L. OVESEY, 'The Transsexual Syndrome in Males. II. Secondary Transsexualism', *l.c.*, 189-192.

⁸⁰ H. BENJAMIN, 'Introduction', in R. GREEN en J. MONEY (eds.), *Transsexualism and sex reassignment*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1969, 4-5 en 9.

⁸¹ P. COHEN-KETTENIS en B. KUIPER, 'Transseksualiteit en psychotherapie', *l.c.*, 155; *contra* E. PERSON en L. OVESEY, 'The Transsexual Syndrome in Males. II. Secondary Transsexualism', *l.c.*, 189-192.

⁸² M.G. GELDER en I.M. MARKS, 'Aversion treatment in transvestism and transsexualism', in R. GREEN en J. MONEY (eds.), *Transsexualism and sex reassignment*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1969, 383-413; P. COHEN-KETTENIS en S. VAN GOOZEN, 'Sex Reassignment of Adolescent Transsexuals: A Follow-up Study', *J. Am. Acad. Child Adolesc. Psychiatry* 1997, 264; L.J. GOOREN, 'Transseksualiteit. I. Omschrijving, etiologie, hulpverlening', *l.c.*, 1894; I. PAULY, 'Adult manifestations of male transsexualism', *l.c.*, 48; R. REID, *l.c.*, 32; cf. P. COHEN-KETTENIS en B. KUIPER, 'Transseksualiteit en psychotherapie', *l.c.*, 158-162; J. KRONBERG, S. TYANO, A. APTER en H. WIJSENBEK, *l.c.*, 180-181.

⁸³ G. DE CUYPERE, C. JANNES en R. RUBENS, 'Medisch-ethische benadering van transseksualiteit en de geslachtsaanpassende behandeling', *l.c.*, 129-130 en 132-133; I. PAULY, 'Adult manifestations of male transsexualism', *l.c.*, 48; zie ook A.J. KUIPER, *o.c.*, 48-68. Weliswaar blijft er gedurende de ganse periode van biologische veranderingen een belangrijke rol voorbehouden voor de psychiatrie, zowel bij de diagnostiek als bij de begeleiding van de patiënt. Zie over deze complexe taak : P. COHEN-KETTENIS en B. KUIPER, 'Transseksualiteit en psychotherapie', *l.c.*, 162-163; R. GREEN, 'Psychiatric management of special problems in transsexualism', in R. GREEN en J. MONEY (eds.), *Transsexualism and sex reassignment*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1969, 281-289; F.J. HUYSE, *l.c.*, 63-73. HAGE pleit er dan ook voor om extreme gender-dysforie uitsluitend te laten behandelen door een gender-team, aangezien dergelijke teams uitsluitend bestaan uit deskundigen (artsen, psychologen, sociale helpers en juristen), die zich elk vanuit hun vakgebied met een bepaald aspect van de problematiek bezighouden : J.J. HAGE, 'Les conditions et conséquences médicales des interventions chirurgicales pour changer de sexe', in X. (ed.), *Transsexualisme, médecine et droit. Actes XXIII^e Colloque de droit européen*, Straatsburg, Editions du Conseil de l'Europe, 1995, 117.

na het ondergaan van een geslachtswijzigende behandeling.⁸⁴

45. In de regel gaan de gespecialiseerde centra daarom bij vaststaande transseksualiteit over tot detransseksualisatie, die meestal verloopt volgens een stapsgewijs programma.⁸⁵

De eerste stap van dit programma is een uitgebreide diagnostische fase die onder meer een "two-year real-life diagnostic test" omvat. Indien deze test van het dagelijkse leven gunstig wordt beoordeeld, begint de toediening van hormonen, gevolgd door de heelkundige ingrepen.

§2. De diagnosestelling

A. Criteria

46. Gezien de verregaande en onomkeerbare gevolgen van de geslachtsaanpassende behandeling, is het stellen van een zo accuraat mogelijke differentiële diagnose onontbeerlijk. Personen wier (gender)probleem niet onder de noemer "transseksualiteit" valt, mogen immers niet tot de behandeling worden toegelaten.⁸⁶

Het gebrek aan "objectieve" criteria⁸⁷ begrenst echter de mogelijkheden van de psychiater, en hypothekeert in zekere mate de nauwkeurigheid van de diagnostiek. Alleen een langdurige observatie van de hulpvrager kan voldoende zekerheid bieden over de aard en de stabiliteit van de transseksuele gevoelens.⁸⁸

⁸⁴ KUIPER leidt enkele belangrijke gevolgtrekkingen af uit de onderzoeksresultaten van diverse follow-up studies. In de eerste plaats zou de gunstige evolutie van het "subjectieve welbevinden" (geluk, tevredenheid, ...) van de betrokkenen niet altijd worden weerspiegeld in objectieve parameters zoals werk en relaties. Verder valt op dat de resultaten van de behandeling bij man-naar-vrouw-transseksuelen vaak minder geslaagd zijn dan bij vrouw-naar-man-transseksuelen. Tenslotte blijkt uit alle studies dat het aantal spijtoptanten eerder gering te noemen is. A.J. KUIPER, *o.c.*, 29; P. COHEN-KETTENIS en S. VAN GOOZEN, 'Sex Reassignment of Adolescent Transsexuals: A Follow-up Study', *l.c.*, 266-271. Cf. S.B. LEVINE en L. LOTHSTEIN, *l.c.*, 104-108; A. PEN, *l.c.*, 27; R. REID, *l.c.*, 37-39.

⁸⁵ Cf. A.J. KUIPER, *o.c.*, 23.

⁸⁶ *Ibid.*, 24; A. PEN, *l.c.*, 28-29; A.M. VERSCHOOR, 'Diagnosestelling en begeleiding zoals door de Gender Stichting wordt geboden', in L.J. GOOREN (ed.), *Transseksualiteit*, Alphen aan den Rijn, Samsom Stafleu, 1986, 40.

⁸⁷ A.J. KUIPER, *o.c.*, 24; A.M. VERSCHOOR, 'Diagnosestelling en begeleiding zoals door de Gender Stichting wordt geboden', *l.c.*, 39.

⁸⁸ A.M. VERSCHOOR, 'Diagnosestelling en begeleiding zoals door de Gender Stichting wordt geboden', *l.c.*, 40; R. REID, *l.c.*, 34; cf. R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 316.

47. Tijdens de voorgeschreven observatieperiode onderzoekt het behandelende artsenteam in de eerste plaats of de patiënt voldoet aan de diagnostische criteria vooropgesteld door DSM III⁸⁹. Volgens deze normen is er slechts sprake van transseksualiteit indien de patiënt gedurende tenminste twee jaar onafgebroken een gevoel van onbehagen vertoont met de eigen anatomische geslachtskenmerken en dit gevoel gepaard gaat met de wens om te leven in de rol van de andere sekse. Bovendien mag de betrokkene niet lijden aan psychische stoornissen of aan genetische of interseksuele abnormaliteiten.⁹⁰

Nochtans kunnen deze criteria hoogstens gelden als een leidraad bij de diagnosestelling. Vele individuele gevallen wijken af van de strikte categorieën van psychoseksuele stoornissen zoals uitgewerkt in DSM III⁹¹, zodat de diagnosticus zich in de eerste plaats dient te baseren op de informatie die hem door de patiënt zelf wordt verstrekt.⁹²

B. De diagnostische fase

48. Bij de aanvang van de diagnostische fase verricht een endocrinoloog een uitgebreid klinisch en hormonaal onderzoek, ten einde patiënten met somatische aberraties van de behandeling uit te sluiten. Tijdens het eerste contact zal de endocrinoloog tevens peilen naar de achtergronden en de intensiteit van de cross-gender gevoelens en de transseksueel wijzen op het verloop van de procedure.⁹³

⁸⁹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. DSM-III-R*, Washington D.C., American Psychiatric Association, 1987, p. 74-76, nr. 302.50. Dit psychiatrisch classificatiesysteem is momenteel een van de meest gezaghebbende diagnostische instrumenten. Niettemin lijkt deze indeling niet geheel onomstreden. DSM III beschouwt transseksualiteit immers als een pathologisch fenomeen, terwijl onderzoek juist aantoonde dat transseksuelen eerder zelden syndromale pathologie vertonen. Hierover F.J. HUYSE, *l.c.*, 60-62. In de laatste versie van het DSM wordt transseksualiteit niet meer vermeld als een specifieke subcategorie van 'Gender Identity Disorders': zie AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. DSM-IV*, Washington D.C., American Psychiatric Association, 1994, 532-538. Vergelijk nochtans met de eveneens veel gebruikte ICD-10: NEDERLANDSE VERENIGING VOOR PSYCHIATRIE, *De ICD-10 Classificatie van Psychiatrische Stoornissen en Gedragsstoornissen. Klinische beschrijvingen en diagnostische richtlijnen*, Lisse, Swets & Zeitlinger, 1994, 239-242.

⁹⁰ P. COHEN-KETTENIS, 'Het verschijnsel transseksualiteit', *l.c.*, 19; P. COHEN-KETTENIS en B. KUIPER, 'Transseksualiteit en psychotherapie', *l.c.*, 156; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 314; cf. R. REID, *l.c.*, 34; zie ook G. DE CUYPERE, 'Schizophrenia and symptomatic trans-sexualism: two case reports', *Eur. Psychiatry* 1993, 163-167.

⁹¹ HUYSE, F.J., *l.c.*, 62; cf. VERSCHOOR, A.M., 'Een biografische beschrijving van transseksuele cliënten in Nederland', *l.c.*, 36-37.

⁹² P. COHEN-KETTENIS, A.J. KUIPER, W.A. ZWAAN en F.J. HUYSE, 'Transseksualiteit. II. Diagnostiek: de eerste, tentatieve, fase', *l.c.*, 1895; zie ook G. DE CUYPERE, C. JANNES en R. RUBENS, 'Medisch-ethische benadering van transseksualiteit en de geslachtsaanpassende behandeling', *l.c.*, 133-134.

⁹³ *Ibid.*, 1896-1897; R. REID, *l.c.*, 35-36; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. (wordt vervolgd...)

49. Vervolgens zal de psychiater de authenticiteit van de door de cliënt uitgedrukte wens tot geslachtstransformatie toetsen. De bevestiging van de zelfdiagnose vereist een follow-up termijn van gemiddeld één jaar, waarin de patiënt minimum één gesprek per drie weken heeft.⁹⁴ De betrokkene wordt gedurende heel deze periode psychologisch begeleid en getest.⁹⁵

50. Aansluitend op het eerste jaar van de diagnostische fase, wordt de consistentie van het gedrag van de patiënten verder beoordeeld aan de hand van de “two-year real-life diagnostic test”.⁹⁶ Alle grote behandelingscentra hechten grote waarde aan deze test, waarbij men de patiënt vraagt zich op familiaal, sociaal en beroepsmatig gebied zo volledig mogelijk in te leven in de door hem of haar gewenste geslachtsrol.⁹⁷

Tijdens de “two-year real-life diagnostic test” begint de toediening van hormonen, zodat ook kan worden nagegaan hoe de patiënt de lichamelijke veranderingen verwerkt.⁹⁸ Wanneer de transseksueel zich langdurig en op overtuigende wijze aan zijn nieuwe gender heeft aangepast, zal de diagnosticus in samenspraak met het ganse behandelingsteam beslissen over de heelkundige ingrepen.⁹⁹

§3. De hormonale behandeling

51. Op indicatie van de psycholoog en de psychiater wordt ten vroegste een jaar na de aanmelding gestart met de hormonale therapie.¹⁰⁰

Probleemschets en benadering’, *l.c.*, 316; cf. L.J. GOOREN, ‘Le rôle du médecin auprès du transsexuel’, in X. (ed.), *Transsexualisme, médecine et droit. Actes XXIII^e Colloque de droit européen*, Straatsburg, Editions du Conseil de l’Europe, 1995, 53-55.

⁹⁴ R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., ‘Transseksualiteit. Probleemschets en benadering’, *l.c.*, 316.

⁹⁵ F.J. HUYSE, *l.c.*, 57; cf. R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., ‘Transseksualiteit. Probleemschets en benadering’, *l.c.*, 317.

⁹⁶ A.J. KUIPER, H. ASSCHEMAN en L.J. GOOREN, ‘Transseksualiteit. III. De tweede diagnostische fase: de real-life test’, *Ned. Tijdschr. Gen.* 1992, 1898-1899.

⁹⁷ P. COHEN-KETTENIS, ‘Het verschijnsel transseksualiteit’, *l.c.*, 22; G. DE CUYPERE, C. JANNES en R. RUBENS, ‘Medisch-ethische benadering van transseksualiteit en de geslachtsaanpassende behandeling’, *l.c.*, 134; A.J. KUIPER, *o.c.*, 24; R. REID, *l.c.*, 37; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., ‘Transseksualiteit. Probleemschets en benadering’, *l.c.*, 316-317; zie ook L.J. GOOREN, ‘Le rôle du médecin auprès du transsexuel’, *l.c.*, 55-56.

⁹⁸ H. ASSCHEMAN en L.J.G. GOOREN, ‘Hormone Treatment in Transsexuals’, *Journal of Psychology and Human Sexuality* 1992, 40.

⁹⁹ A.J. KUIPER, *o.c.*, 24; cf. P. COHEN-KETTENIS, ‘Het verschijnsel transseksualiteit’, *l.c.*, 22.

¹⁰⁰ R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., ‘Transseksualiteit. Probleemschets en benadering’, *l.c.*, 316.

In eerste instantie beoogt deze therapie het terugdringen van de oorspronkelijke geslachtskenmerken¹⁰¹, alsmede een chemisch reversibele castratie.¹⁰² Vervolgens verkrijgt de patiënt door toediening van cross-gender hormonen uiterlijke kenmerken van het door hem of haar gewenste geslacht.¹⁰³

Pas nadat de transseksueel anderhalf tot twee jaar met hormonen werd behandeld, kunnen de heelkundige ingrepen worden uitgevoerd.¹⁰⁴

52. De concrete resultaten van de hormonale behandeling variëren naargelang de individuele gevoeligheid voor hormonen. Vooral bij man-naar-vrouw-transseksuelen zijn de effecten op het vlak van mamma-ontwikkeling en remming van de baardgroei eerder beperkt.¹⁰⁵ Dit verklaart waarom naast de eigenlijke geslachtstransformerende operatie vaak bijkomende behandelingen¹⁰⁶ noodzakelijk zijn om een min of meer bevredigend uiterlijk te verkrijgen.

Het langdurige gebruik van hormonen¹⁰⁷ houdt overigens een niet onaanzienlijk risico in. Verscheidene auteurs maken melding van mogelijke bijwerkingen zoals trombose,

¹⁰¹ Zo neemt de lichaamsbehandling en de baardgroei van man-naar-vrouw-transseksuelen af en wordt haaruitval van het masculiene type voorkomen of tegengegaan. Bij vrouw-naar-man-transseksuelen blijven de menses uit. H. ASSCHEMAN, 'Hormonale behandeling', in L.J. GOOREN (ed.), *Transseksualiteit*, Samsom Stafleu, Alphen aan den Rijn, 1986, 94-95; A.J. KUIPER, *o.c.*, 24-25; A.J. KUIPER, H. ASSCHEMAN en L.J. GOOREN, 'Transseksualiteit. III. De tweede diagnostische fase: de real-life test', *l.c.*, 1899; zie ook H. ASSCHEMAN en L.J.G. GOOREN, 'Hormone Treatment in Transsexuals', *l.c.*, 41-44 en 48.

¹⁰² Cf. R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 317.

¹⁰³ Met name begint bij man-naar-vrouw-transseksuelen de mamma-ontwikkeling en verandert de vetverdeling. Bij vrouw-naar-man-transseksuelen worden als gewenste effecten genoemd de verlaging van de stem, de toename van de lichaamsbehandling, enige baardgroei, spierontwikkeling en clitorisgroei. A.J. KUIPER, *o.c.*, 24-25; A.J. KUIPER, H. ASSCHEMAN en L.J. GOOREN, 'Transseksualiteit. III. De tweede diagnostische fase: de real-life test', *l.c.*, 1899; A.M. VERSCHOOR, 'Diagnosestelling en begeleiding zoals door de Gender Stichting wordt geboden', *l.c.*, 46; zie H. ASSCHEMAN, 'Hormonale behandeling', *l.c.*, 94-96; H. ASSCHEMAN en L.J.G. GOOREN, 'Hormone Treatment in Transsexuals', *l.c.*, 44-48 en 48-49.

¹⁰⁴ A.M. VERSCHOOR, 'Diagnosestelling en begeleiding zoals door de Gender Stichting wordt geboden', *l.c.*, 41; cf. R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 317.

¹⁰⁵ H. ASSCHEMAN, 'Hormonale behandeling', *l.c.*, 94-96; H. ASSCHEMAN en L.J.G. GOOREN, 'Hormone Treatment in Transsexuals', *l.c.*, 49-50; A.J. KUIPER, *o.c.*, 24-25; zie W.J. MEYER, A. WEBB, C.A. STUART, J.W. FINKELSTEIN, B. LAWRENCE en P.A. WALKER, 'Physical and Hormonal Evaluation of Transsexual Patients: A Longitudinal Study', *Archives of Sexual Behavior* 1986, 121-138.

¹⁰⁶ *Infra*, nrs. 56-57.

¹⁰⁷ Ook ná het beëindigen van de geslachtsverandering blijft verder hormonale behandeling noodzakelijk om de nieuwe lichamelijke kenmerken in stand te houden en ongemakken zoals opvliegers en vroegtijdige osteoporose te vermijden: H. ASSCHEMAN, 'Hormonale behandeling', *l.c.*, 93; A.J. KUIPER, H. ASSCHEMAN en L.J. GOOREN, 'Transseksualiteit. III. De tweede diagnostische fase: de real-life test', *l.c.*, 1899.

longembolie en prolactineverhoging.¹⁰⁸

§4. De heelkundige ingrepen

A. Van man naar vrouw

1. De creatie van vrouwelijke uitwendige genitalia

53. De geslachtsaanpassende chirurgie bestaat bij man-naar-vrouw-transseksuelen uit een *orchidectomie*, gevolgd door de constructie van een *neovagina* en vrouwelijke uitwendige geslachtsorganen. Deze ingrepen kunnen in beginsel tijdens dezelfde operatie worden uitgevoerd.¹⁰⁹

54. In eerste instantie gaat de chirurg over tot de *orchidectomie*, waarbij hij de *testes* verwijdert en de zaadstrengen afbindt ter hoogte van het lieskanaal.¹¹⁰ Tevens worden de zwellichamen van de penis verwijderd en wordt de *urethra* ingekort zodat een vrouwelijke uitmonding ontstaat.¹¹¹

De peniele huid wordt bewaard en zal later fungeren als bekleding van de *neovagina*. Daartoe wordt ze binnenstebuiten gekeerd en ingebracht in de vaginale holte die tussen de prostaat en de endeldarm is gemaakt.¹¹²

Vervolgens creëert men de *labia minora* en de *labia majora* van een gedeelte van het scrotale weefsel en kan een functionele clitoris worden geconstrueerd met een vrij transplantaat van

¹⁰⁸ H. ASSCHEMAN en L.J.G. GOOREN, 'Hormone Treatment in Transsexuals', *l.c.*, 52-53; L.J. GOOREN, 'Le rôle du médecin auprès du transsexuel', *l.c.*, 58-60; zie ook H. ASSCHEMAN, 'Hormonale behandeling', *l.c.*, 96-109; P.J.M. VAN KESTEREN, H. ASSCHEMAN, J.A.J. MEGENS en L.J.G. GOOREN, 'Mortality and morbidity in transsexual subjects treated with cross-sex hormones', *Clinical Endocrinology* 1997, 337-342.

¹⁰⁹ J.J. HAGE, *l.c.*, 114-115; J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *Ned. Tijdschr. Gen.* 1992, 1901. Zie F.G. BOUMAN, 'Operatief aangebrachte verandering bij transseksuelen', in L.J. GOOREN (ed.), *Transseksualiteit*, Alphen aan den Rijn, Samsom Stafleu, 1986, 75-84.

¹¹⁰ J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1901; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 318.

¹¹¹ J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1901; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 318.

¹¹² J.J. HAGE, *l.c.*, 114; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 318. In uitzonderlijke gevallen maakt men gebruik van een darmsegment. Hierover: J.J. HAGE, *l.c.*, 115; J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1901-1902; cf. F.G. BOUMAN, *l.c.*, 75.

het topje van de penis en de dorsale zenuwen.¹¹³

55. Afhankelijk van de precisie waarmee de chirurg te werk gaat en van de zorg die wordt besteed aan de nabehandeling, zullen de nieuw gevormde vrouwelijke geslachtsorganen voldoende functioneel zijn om normale geslachtsbetrekkingen mogelijk te maken.¹¹⁴

De bestaande operatieve technieken laten evenwel nog niet toe om de inwendige vrouwelijke voortplantingsorganen te transplanteren. De geslachtschirurgie heeft dan ook een blijvende onvruchtbaarheid tot gevolg.¹¹⁵

2. Bijkomende ingrepen

a) *Augmentatieve mammoplastiek*

56. Hoewel het toedienen van oestrogenen aan man-naar-vrouw-transseksuelen leidt tot een mamma-ontwikkeling, blijkt minstens de helft onder hen ontevreden te zijn over de bereikte borstomvang.¹¹⁶ De meerderheid van de man-naar-vrouw-transseksuelen wenst dan ook een borstvergrotende operatie te ondergaan.¹¹⁷ Deze mamma-augmentatie wordt op de gebruikelijke manier uitgevoerd door het submusculair aanbrengen van siliconen-protheses.¹¹⁸

b) *Electrische en/of subcutane epilatie*

57. De onderdrukking van de baardgroei vormt een belangrijk probleem bij de transformatie van man naar vrouw. Slechts in een zeer beperkt aantal gevallen hebben de toegediende hormonen een voldoende remmende werking. De meeste patiënten laten de gezichtsbehandling

¹¹³ J.J. HAGE, *l.c.*, 115; J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1901; cf. F.G. BOUMAN, *l.c.*, 75; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 318.

¹¹⁴ J.J. HAGE, *l.c.*, 116; cf. F.G. BOUMAN, *l.c.*, 75; J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1906.

¹¹⁵ J.J. HAGE, *l.c.*, 116.

¹¹⁶ H. ASSCHEMAN en L.J.G. GOOREN, 'Hormone Treatment in Transsexuals', *l.c.*, 50; A.J. KUIPER, *o.c.*, 25.

¹¹⁷ *Ibid.*, 25; H. ASSCHEMAN, 'Hormonale behandeling', *l.c.*, 94; cf. J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1902.

¹¹⁸ F.G. BOUMAN, *l.c.*, 85; J.J. HAGE, *l.c.*, 114; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 318.

dan ook electrisch epilieren¹¹⁹, desgevallend aangevuld door een *subcutane* epilatie.¹²⁰

c) *Larynxfeminisatie*

58. De hormonale therapie heeft bij man-naar-vrouw-transseksuelen geen invloed op de hoogte van de stem. Daarom moet worden getracht om de stem hoger te laten klinken onder begeleiding van een logopedist.¹²¹

Wanneer stemlessen niet volstaan, kan men overgaan tot een operatieve reductie van adamsappel of een stemmodulatie door middel van tefloninjecties lateraal van de stembanden.¹²²

B. Van vrouw naar man

59. De chirurgische aanpassing van de geslachtskenmerken dient bij vrouw-naar-man-transseksuelen in verschillende tempi plaats te vinden.¹²³ Het bereikte resultaat kan doorgaans vanuit esthetisch oogpunt bevredigend worden genoemd, maar is minder functioneel dan bij man-naar-vrouw-transseksuelen.¹²⁴ De verschillende technieken die in de literatuur worden beschreven, beperken zich veelal tot de constructie van een *neofallus* met de mogelijkheid om staande te urineren.¹²⁵

¹¹⁹ Meestal zal de patiënt gedurende één tot drie jaar electrisch moeten worden geëpileerd. Cf. H. ASSCHEMAN, 'Hormonale behandeling', *l.c.*, 95; H. ASSCHEMAN en L.J.G. GOOREN, 'Hormone Treatment in Transsexuals', *l.c.*, 49; J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1902; A.J. KUIPER, *o.c.*, 24; A.M. VERSCHOOR, 'Diagnosestelling en begeleiding zoals door de Gender Stichting wordt geboden', *l.c.*, 41.

¹²⁰ F.G. BOUMAN, *l.c.*, 85-87; J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1902-1903; cf. J.J. HAGE, *l.c.*, 115.

¹²¹ H. ASSCHEMAN en L.J.G. GOOREN, 'Hormone Treatment in Transsexuals', *l.c.*, 50-51; L.J. GOOREN, 'Le rôle du médecin auprès du transsexuel', *l.c.*, 60; A.J. KUIPER, *o.c.*, 24; A.M. VERSCHOOR, 'Diagnosestelling en begeleiding zoals door de Gender Stichting wordt geboden', *l.c.*, 46.

¹²² J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1903; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 318; cf. J.J. HAGE, *l.c.*, 115.

¹²³ F.G. BOUMAN, *l.c.*, 87; J.J. HAGE, *l.c.*, 112; J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1903; *contra* R.C. SADOVE, M. SENGEZER, J.W. MCROBERTS en M.D. WELLS, 'One-Stage Total Penile Reconstruction with a Free Sensate Osteocutaneous Fibula Flap', *Plastic and Reconstructive Surgery* 1993, 1314-1323.

¹²⁴ F.G. BOUMAN, *l.c.*, 87; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 317-318.

¹²⁵ R.W. FANG, J.-T. LIN en M. HUIH, 'Phalloplasty for female transsexuals with sensate free forearm flap', *Microsurgery* 1994, 351-352. Voor een beschrijving van de verschillende technieken zie F.G. BOUMAN, *l.c.*, 88- (wordt vervolgd...)

60. Aangezien de hormonen slechts een geringe invloed hebben op de borstomvang, wordt een *subcutane mastectomie* meestal als eerste ingreep uitgevoerd, zodat de borstkas reeds in een vroeg stadium een mannelijk uitzicht verkrijgt. Dit is vooral aangewezen bij sterk ontwikkelde *mammae*, die de patiënt verhinderen om zich op overtuigende wijze in te leven in de mannelijke geslachtsrol.¹²⁶

Daarnaast verricht de gynaecoloog een *oöforohysterectomie*, waarbij de *uterus* en de *ovaria* bij voorkeur *transvaginaal* worden verwijderd.¹²⁷ Vermits er geen *testes* kunnen worden getransplanteerd, leidt deze operatie tot de onomkeerbare onvruchtbaarheid van de patiënt.¹²⁸

61. Met een tweede reeks ingrepen worden vervolgens de mannelijke uitwendige genitaliën nagebootst. Nadat de *urethra* tijdens een afzonderlijke operatie werd verlengd door de constructie van een *pars fixa* vanaf de vrouwelijke uitmonding tot voorbij de clitoris, kan een falloplastiek worden uitgevoerd.¹²⁹ Deze ingreep bestaat in de transplantatie van de neofallus, die voorzien is van een huidbuisje dat fungeert als *pars pendulans urethrae*.¹³⁰ Hiervoor wordt huidweefsel van de patiënt zelf gebruikt dat naargelang de gebruikte techniek genomen wordt ter hoogte van de onderbuik of uit de arm. Tenslotte worden het *pars pendulans* en het *pars fixa* op elkaar aangesloten, zodat de patiënt via de *neofallus* staande kan urineren.¹³¹

Om het mannelijke uitzicht nog meer te benaderen zullen de *labia majora*, gedurende de eerste fase van de falloplastiek worden omgevormd tot scrotumhelften.¹³²

62. Omwille van de grote kans op complicaties staan veel chirurgen terughoudend tegenover het inbrengen van een erectieprothese in de *neofallus* in combinatie met het verlengen van de

90; zie ook J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Review of the Literature on Construction of a Neourethra in Female-to-Male Transsexuals', *Annals of Plastic Surgery* 1993, 278-286.

¹²⁶ J.J. HAGE, *l.c.*, 111; J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1903.

¹²⁷ J.J. HAGE, *l.c.*, 112; J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1903.

¹²⁸ J.J. HAGE, *l.c.*, 116.

¹²⁹ *Ibid.*, 112; J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1904.

¹³⁰ J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1905-1906.

¹³¹ *Ibid.*, 1906; cf. R.-W. FANG, J.-T. LIN en M. HIUH, *l.c.*, 349-352.

¹³² J.J. HAGE, *l.c.*, 113-114; J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1904-1905.

urethra.¹³³ In een aantal centra wordt zelfs geen falloplastiek uitgevoerd¹³⁴ of opteert men voor een beperkte operatie waarbij een clitorispenoïde wordt geconstrueerd.¹³⁵ Seksuele penetratie zal voor de meeste vrouw-naar-man-transseksuelen dan ook onmogelijk zijn.¹³⁶

AFDELING 3. MOGELIJKE ETIOLOGISCHE VERKLARINGEN

§1. Overzicht

63. Vooral nog is niet bekend welke factoren bepalend zijn voor het ontstaan van transseksualiteit. Zowel in de psychoanalyse als in de biologie werden verschillende verklaringsmodellen ontwikkeld, die echter geen van alle voldoende empirisch zijn bevestigd.

§2. Biomedische denkmodellen

64. Het onderzoek naar een biologisch aanwijsbare oorzaak van transseksualiteit is in wezen paradoxaal. De afwezigheid van lichamelijke afwijkingen onderscheidt transseksualiteit juist van aanverwante toestanden als hermafroditisme en pseudohermafroditisme.

Uitgebreide klinische testen bij grote groepen transseksuelen brachten dan ook geen genetische, hormonale of andere fysieke aberratie aan het licht, die de problematische identiteitsbeleving van transseksuelen zouden kunnen verklaren.¹³⁷

¹³³ J.J. HAGE, *l.c.*, 113; J.J. HAGE en J.J. BLOEM, 'Transseksualiteit. IV. Chirurgische mogelijkheden', *l.c.*, 1904 en 1906; R.-W. FANG, J.-T. LIN en M. HUIH, *l.c.*, 351-352.

¹³⁴ R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 318; A.J. KUIPER, *o.c.*, 25.

¹³⁵ Zie J.J. HAGE, *l.c.*, 113. Soms kan de clitoris onder invloed van de hormonale behandeling zelfs voldoende gegroeid zijn om vaginale geslachtsgemeenschap te hebben met een vrouwelijke partner : H. ASSCHEMAN en L.J.G. GOOREN, 'Hormone Treatment in Transsexuals', *l.c.*, 51.

¹³⁶ J.J. HAGE, *l.c.*, 113 en 116-117. Er wordt echter niet geraakt aan een van de dorsale clitorale zenuwen, waardoor seksuele stimulatie van de clitoris in bijna alle gevallen mogelijk blijft : J.J. HAGE, *o.c.*, 112. Een recent ontwikkelde techniek zou echter toelaten een functionele neofallus te construeren met een transplantaat uit het kuitbeen. De follow-up resultaten van deze techniek dienen echter nog te worden afgewacht. Hierover R.C. SADOVE, M. SENGEZER, J.W. MCROBERTS. en M.D. WELLS, *l.c.*, 1316-1323.

¹³⁷ L.J. GOOREN, 'Aspects biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine', in X. (ed.), *Transsexualisme, médecine et droit. Actes XXIII^e Colloque de droit européen*, Straatsburg, Editions du Conseil de l'Europe, 1995, 123-124; L.J. GOOREN, 'Biomedische aspecten van transseksualiteit', *l.c.*, 55; J.-N. ZHOU, M.A. HOFMAN, L.J.G. GOOREN en D.F. SWAAB, 'A sex difference in the human brain and its relation to transsexuality', *Nature* 1995, 68; cf. W.J. MEYER, A. WEBB, C.A. STUART e.a., *l.c.*, 126 en 130-131.

65. De afgelopen decennia groeide echter de overtuiging dat de biologische geslachtsdifferentiatie niet eindigt met de vorming van de uitwendige genitalia, maar dat ook de hersenstructuur zich verschillend ontwikkelt bij mannen en vrouwen.

Waarnemingen toonden immers aan dat het centrale zenuwstelsel van lagere zoogdieren een geslachtelijke differentiatie ondergaat, die verloopt volgens dezelfde principes als de ontwikkeling van de morfologische geslachtskenmerken. In aanwezigheid van de testiculaire hormonen of androgenen, vormt zich een mannelijke hersenorganisatie, in hun afwezigheid ontstaat een vrouwelijke hersenconstellatie.¹³⁸

66. Hieruit leidden sommige biologen af dat cross-gender gedrag zou worden veroorzaakt door een hormonale stoornis tijdens de kritische fase van de ontwikkeling van het hersenweefsel.¹³⁹ Ten gevolge van deze stoornis zou de seksuele differentiatie van de hersenen verlopen volgens een patroon dat niet congruent is met de overige lichamelijke geslachtskenmerken.¹⁴⁰

Voor wat betreft de lagere zoogdieren wordt deze theorie bevestigd door de experimenten van DÖRNER.¹⁴¹ De resultaten van deze experimenten, uitgevoerd op ratten, konden evenwel niet worden bevestigd bij primaten, zodat een extrapolatie naar de mens niet mogelijk is.¹⁴² De hypothese van DÖRNER en anderen wordt overigens weerlegd door een onderzoek van GOOREN.¹⁴³

¹³⁸ L.J. GOOREN, 'Aspects biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine', *l.c.*, 124-125; L.J. GOOREN, 'Transseksualiteit. I. Omschrijving, etiologie, hulpverlening', *l.c.*, 1894.

¹³⁹ A.J. KUIPER, *o.c.*, 15; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 315.

¹⁴⁰ Aldus zou bij genetische mannen een vrouwelijke hersenorganisatie ontstaan door een tekort aan androgenen in de kritische fase van de hersenontwikkeling. Omgekeerd zou een teveel aan androgenen bij genetische vrouwen leiden tot een mannelijke hersenorganisatie. Zie G. DÖRNER, 'Sexual Differentiation of the Brain', *Vitamins and Hormones* 1980, 360-369.

¹⁴¹ Zie G. DÖRNER, *l.c.*, 325-360.

¹⁴² L.J. GOOREN, 'Aspects biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine', *l.c.*, 125-129; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 315; cf. L.J. GOOREN, 'Biomedische aspecten van transseksualiteit', *l.c.*, 51; L.J. GOOREN, 'Transseksualiteit. I. Omschrijving, etiologie, hulpverlening', *l.c.*, 1894; J.K. MEYER, 'The theory of gender identity disorders', *Journal of the American Psychoanalytic Association* 1982, 392-395.

¹⁴³ L. GOOREN, 'The Neuroendocrine Response of Luteinizing Hormone to Estrogen Administration in Heterosexual, Homosexual and Transsexual Subjects', *Journal of Clinical Endocrinology and Metabolism* 1986, 583-588; zie ook L. GOOREN, 'The Neuroendocrine Response of Luteinizing Hormone to Estrogen Administration in the Human Is Not Sex Specific but Dependent on the Hormonal Environment', *Journal of Clinical Endocrinology and Metabolism* 1986, 589-593. Over andere studies die de hypothese van DÖRNER weerleggen zie L.J. GOOREN, 'Aspects biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation (wordt vervolgd...)

67. Niettemin bestaan er aanwijzingen dat de geslachtelijke differentiatie bij transseksuelen aanvankelijk normaal verloopt, maar dat in de laatste fase de hersenen zich verder ontwikkelen volgens het patroon van het andere geslacht.¹⁴⁴

SWAAB en FLIERS ontdekten immers bij de mens een sekse dimorfe nucleus (SDN) in een gebied van de hersenen dat bij verschillende lagere diersoorten een determinerende rol speelt bij het seksuele gedrag.¹⁴⁵

De resultaten van hun studie geven aan dat er tussen mannen en vrouwen statistisch significante verschillen bestaan met betrekking tot het volume van de SDN en het aantal cellen dat deze hersenkern bevat.¹⁴⁶ Volgens recente analyses ontstaat dit geslachtsverschil tussen het vierde levensjaar en de puberteit.¹⁴⁷

68. Hoewel de precieze functie van de SDN niet gekend is¹⁴⁸, doen de eerste zeer partiële gegevens vermoeden dat er een verband zou kunnen bestaan tussen de SDN en het ontstaan van gender-dysforie.¹⁴⁹ Verder onderzoek zal moeten uitwijzen of deze preliminaire conclusies empirisch onderbouwd kunnen worden.¹⁵⁰

en ce domaine', *l.c.*, 127-129.

¹⁴⁴ L.J. GOOREN, 'Transseksualiteit. I. Omschrijving, etiologie, hulpverlening', *l.c.*, 1894.

¹⁴⁵ L.J. GOOREN, 'Aspects biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine', *l.c.*, 134-135; D.F. SWAAB en E. FLIERS, 'A Sexually Dimorphic Nucleus in the Human Brain', *Science* 1985, 1114; D.F. SWAAB, L.J. GOOREN en M.A. HOFMAN, 'The human hypothalamus in relation to gender and sexual orientation', in D.F. SWAAB, M.A. HOFMAN, M. MIRMIRAN, R. DAVID en F.W. VAN LEEUWEN (eds.), *Progress in Brain Research, XCIII, The human hypothalamus in health and disease*, Amsterdam, Elsevier, 1992, 206.

¹⁴⁶ L.J. GOOREN, 'Aspects biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine', *l.c.*, 136; D.F. SWAAB en E. FLIERS, *l.c.*, 1112-1113; D.F. SWAAB, L.J. GOOREN en M.A. HOFMAN, 'The human hypothalamus in relation to gender and sexual orientation', *l.c.*, 206.

¹⁴⁷ L.J. GOOREN, 'Transseksualiteit. I. Omschrijving, etiologie, hulpverlening', *l.c.*, 1894; D.F. SWAAB, L.J. GOOREN en M.A. HOFMAN, 'The human hypothalamus in relation to gender and sexual orientation', *l.c.*, 206-209.

¹⁴⁸ L.J. GOOREN, 'Transseksualiteit. I. Omschrijving, etiologie, hulpverlening', *l.c.*, 1894; D.F. SWAAB en E. FLIERS, *l.c.*, 1114; D.F. SWAAB, L.J. GOOREN en M.A. HOFMAN, 'The human hypothalamus in relation to gender and sexual orientation', *l.c.*, 206.

¹⁴⁹ L.J. GOOREN, 'Transseksualiteit. I. Omschrijving, etiologie, hulpverlening', *l.c.*, 1894; D.F. SWAAB, L.J. GOOREN en M.A. HOFMAN, 'The human hypothalamus in relation to gender and sexual orientation', *l.c.*, 210-214.

¹⁵⁰ L.J. GOOREN, 'Aspects biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine', *l.c.*, 136; L.J. GOOREN, 'Transseksualiteit. I. Omschrijving, etiologie, hulpverlening', *l.c.*, 1894; D.F. SWAAB, L.J. GOOREN en M.A. HOFMAN, 'The human hypothalamus in relation to gender and sexual orientation', *l.c.*, 214; zie ook J.N. ZHOU, M.A. HOFMAN, L.J.G. GOOREN en D.F. SWAAB, 'A sex difference in (wordt vervolgd...)

§3. Psychologische theorieën

69. Verscheidene psycho-analytici gaan uit van de veronderstelling dat transseksualiteit zich ontwikkelt als afweerreactie op onbewuste neurotische conflicten.¹⁵¹

Deze theorie kent verscheidene varianten. Sommige auteurs beschouwen het verlangen naar een geslachtstransformatie als een vorm van pervers gedrag, die zich onder meer zou kunnen voordoen bij kinderen die hun homoseksuele geaardheid niet kunnen aanvaarden¹⁵² en bij personen met psychotische afwijkingen.¹⁵³ Volgens PERSON en OVESEY daarentegen is transseksualiteit het gevolg van onopgeloste scheidingsangsten tijdens de pre-oedipale fase, die aanleiding geven tot een onbewuste wens tot eenwording met de moeder.¹⁵⁴

70. Het gebrek aan empirische gegevens die deze hypothese ondersteunen, beperkt evenwel de wetenschappelijke waarde ervan.¹⁵⁵ Daarnaast komt het onderscheid tussen genderstoornissen en psychiatrische ziektebeelden onvoldoende tot uiting.¹⁵⁶

71. Een ander psychologisch verklaringsmodel benadrukt de invloed van de gezinssituatie waarin de transseksueel is opgegroeid op de ontwikkeling van de genderidentiteit.¹⁵⁷ Transseksuelen zouden in deze visie zonder uitzondering afkomstig zijn uit probleemgezinnen, waarbij afwijkende gezinsinteracties en individuele stoornissen van de ouders aan de genderdysfore problematiek.

the human brain and its relation to transsexuality', *l.c.*, 68-70.

¹⁵¹ A.J. KUIPER, *o.c.*, 17; J.K. MEYER, *l.c.*, 399-401; zie G. DE CUYPERE, C. JANNES en R. RUBENS, 'Medisch-ethische benadering van transseksualiteit en de geslachtsaanpassende behandeling', *l.c.*, 131.

¹⁵² Zie A.J. KUIPER, *o.c.*, 17; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 316.

¹⁵³ J. KRONBERG, S. TYANO, A. APTER en H. WIJSENBECK, *l.c.*, 179-180.

¹⁵⁴ E. PERSON en L. OVESEY, 'Psychoanalytische Theorien zur Geschlechtsidentität', *l.c.*, 522-524; E. PERSON en L. OVESEY, 'The transsexual syndrome in males. I. Primary transsexualism', *l.c.*, 4-5 en 14; E. PERSON en L. OVESEY, 'The transsexual syndrome in males. II. Secondary transsexualism', *l.c.*, 175-189, cf. J.K. MEYER, *l.c.*, 406-412; zie ook G. DE CUYPERE, C. JANNES en R. RUBENS, 'Medisch-ethische benadering van transseksualiteit en de geslachtsaanpassende behandeling', *l.c.*, 130.

¹⁵⁵ *Ibid.*, 401; cf. L.J. GOOREN, 'Transseksualiteit. I. Omschrijving, etiologie, hulpverlening', *l.c.*, 1893.

¹⁵⁶ J.K. MEYER, *l.c.*, 401.

¹⁵⁷ P. COHEN-KETTENIS, 'Het verschijnsel transseksualiteit', *l.c.*, 22; R. REID, *l.c.*, 28-31; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 315.

Zo beschrijft STOLLER¹⁵⁸ hoe bij mannelijke transseksuelen een conflictvrije vrouwelijke identificatie zou ontstaan ten gevolge van een overdreven fysieke en emotionele binding van de betrokkenen met hun biseksuele moeder, wier vrouwelijkheid zelf problematisch is. Deze extreme symbiose tussen moeder en kind zou zich uitstrekken over verscheidene jaren en niet worden verbroken door de vader, die fysiek afwezig is of minstens passief blijft.

72. De benadering van STOLLER gaat echter voorbij aan de grote verscheidenheid van familiale achtergronden die binnen de transseksuele populatie wordt aangetroffen.

De meeste patiënten die zich aanbieden voor een geslachtsaanpassende behandeling voldoen dan ook niet aan de door STOLLER vooropgestelde criteria, terwijl er zich omgekeerd zich omgekeerd juist geen cross-gender gevoelens manifesteren bij tal van andere kinderen met een gezinsachtergrond die ogenschijnlijk wel aan zijn beschrijving beantwoordt.¹⁵⁹ Bovendien geven klinische bevindingen aan dat overdreven bindingspogingen van de moeder meestal conflicten veroorzaken in de oedipale fase, zodat moeilijk kan worden volgehouden dat transseksualiteit de resultante zou zijn van een conflictvrije identiteitsontwikkeling.¹⁶⁰

¹⁵⁸ R.J. STOLLER, 'Parental influences in male transsexualism', in M. GREEN en J. MONEY (eds.), *Transsexualisme and sex reassignment*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1969, 153-169. Cf. I. PAULY, 'Adult manifestations of male transsexualism', *l.c.*, 41. Zie E. PERSON en L. OVESEY, 'Psychoanalytische Theorien zur Geschlechtsidentität', *l.c.*, 509-524; zie ook G. DE CUYPERE, C. JANNES en R. RUBENS, 'Medisch-ethische benadering van transseksualiteit en de geslachtsaanpassende behandeling', *l.c.*, 130.

¹⁵⁹ P. COHEN-KETTENIS, 'Het verschijnsel transseksualiteit', *l.c.*, 23; J.K. MEYER, *l.c.*, 386 en 399; G. DE CUYPERE, C. JANNES en R. RUBENS, 'Medisch-ethische benadering van transseksualiteit en de geslachtsaanpassende behandeling', *l.c.*, 130-131; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 315-316; A.M. VERSCHOOR, 'Een biografische beschrijving van transseksuele cliënten in Nederland', *l.c.*, 38; cf. L.J. GOOREN, 'Transseksualiteit. I. Omschrijving, etiologie, hulpverlening', *l.c.*, 1893.

¹⁶⁰ J.K. MEYER, *l.c.*, 395-399.

TITEL I. TRANSSEKSUALITEIT EN DE MENSENRECHTEN

INLEIDING

AFDELING 1. AFBAKENING VAN DE TE BESPREKEN MATERIE

73. De miskenning van de geslachtsidentiteit van de transseksueel geeft aanleiding tot zeer uiteenlopende juridische problemen, die elk een mogelijke schending van de fundamentele rechten en vrijheden kunnen inhouden. Binnen het bestek van deze verhandeling is het evenwel onmogelijk om elk van die vraagstukken afzonderlijk te toetsen aan de onderscheiden rechten en vrijheden.

Een grondrecht wordt daarom alleen besproken in zoverre het relevant is voor de rechtsvergelijkende studie van de deelproblemen die het voorwerp uitmaken van dit onderzoek. Bovendien zal de uiteenzetting zich hoofdzakelijk beperken tot de rechten en vrijheden die in de praktijk reeds aanleiding hebben gegeven tot geschillen voor de nationale of supranationale instanties.

74. Op grond van deze dubbele afbakening wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan het recht op vrijwaring tegen onmenselijke of vernederende behandelingen en bestraffingen, het recht op privé- en gezinsleven en het recht om te huwen.

Voor de invulling van het recht op privé- en gezinsleven en het recht om te huwen, heeft de juridische problematiek van transseksualiteit sterk beïnvloed, vermits deze rechten een rechtstreeks verband houden met de wijziging van de staat van de persoon van de transseksueel en het lot van diens familierechtelijke betrekkingen. Zowel in de interne rechtsorde als voor de organen van de Raad van Europa worden deze rechten en vrijheden dan ook regelmatig, zij het met wisselend succes, door transseksuelen ingeroepen.

AFDELING 2. SELECTIE VAN DE BRONNEN

75. Na de afbakening van het voorwerp van de uiteenzetting over transseksualiteit en de mensenrechten, dient een selectie te worden doorgevoerd in de veelheid van regionale en internationale verdragsteksten.

Ook de keuze van de bronnen gebeurt hoofdzakelijk in functie van de rechtsvergelijkende bespreking van de juridische aspecten van transseksualiteit, zoals die werden afgelijnd in het

inleidende gedeelte van deze verhandeling. Een verdragsbepaling wordt uitsluitend in aanmerking genomen in zoverre zij heeft bijgedragen tot de verdere ontwikkeling van het interne personen- en familierecht op dit gebied.

76. Aldus kan men in geen geval voorbijgaan aan het E.V.R.M., aangezien dit Verdrag - en meer bepaald de artikelen 8, 12 en 14 - een supranationaal kader vormt voor het hedendaagse personen- en familierecht van de Staten die het hebben geratificeerd.¹

Bovendien bevat het E.V.R.M. een bijzonder controlemechanisme, dat aan de rechtsonderhorige de garantie biedt dat de gewaarborgde rechten en vrijheden effectief kunnen worden afgedwongen.² Vooral de rapporten van de voormalige Europese Commissie en de arresten van het Europese Hof gevelde naar aanleiding van verzoeken die werden ingediend door transseksuelen, hebben rechtstreeks het voorwerp van deze verhandeling beïnvloed. Daarbij valt onmiddellijk op dat de door de transseksuelen geuite klachten bijna uitsluitend gebaseerd zijn op de artikelen 3, 8 en 12 E.V.R.M.³

77. De bepalingen van het Internationale Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (BUPO-verdrag) hebben daarentegen nog geen aanleiding gegeven tot jurisprudentie in verband met transseksualiteit.⁴ Daar de betekenis van dit Verdrag voor het (Belgische) personen- en familierecht eerder beperkt is⁵, wordt het in de verdere uiteenzetting niet besproken.⁶

¹ P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht* (hierna verkort geciteerd : *Compendium*), Leuven, Acco, 2000, nrs. 18-19; cf. J. VELU en R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1990, 35.

² L.R. HELFER, 'Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights', *Cornell International Law Review* 1993, 133-134; J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, 35.

³ S. WIJTE, 'Post-Operative Transsexuals and the European Court of Human Rights', in M. BULTERMAN, A. HENDRIKS en J. SMITH, *To Baehr in Our Minds, Essays on Human Rights from the Heart of the Netherlands*, Utrecht, SIM, 1998, 501.

⁴ Zie o.m. M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl, V.P. Engel, 1993, 287-307 (art. 17 I.V.B.P.R., recht op privacy), 401-423 (art. 23 I.V.B.P.R., recht op huwelijk) en 458-479 (art. 26 I.V.B.P.R., gelijkheidsbeginsel).

⁵ C.J. FORDER, 'Artikel 23 IVBPR: een mondiaal familierecht in een notedop', *N.J.C.M.* 1994, 907; P. SENAËVE, *Compendium*, nr. 20; zie J. VANDE LANOTTE en M. VAN DE PUTTE, 'De Belgische rechtspraak met betrekking tot het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten', in INTERUNIVERSITAIR CENTRUM MENSENRECHTEN (ed.), *De betekenis van het Internationale Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten voor de interne rechtsorde*, Antwerpen, Maklu, 1993, 95-97.

⁶ Overigens lijkt art. 23 lid 2 I.V.B.P.R. inhoudelijk zeer sterk op art. 12 E.V.R.M. : C.J. FORDER, *l.c.*, 911-912; M. NOWAK, *o.c.*, 407-410; P. VAN DIJK en G. VAN HOOFF, *De Europese conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen, Ars Aequi Libri 1990, 501.

78. De Universele Verklaring zal evenmin worden bestudeerd. Deze tekst is slechts een beginselverklaring en werd verder ontwikkeld door het in werking treden van het I.V.B.P.R. De publicatie van de Verklaring in het Belgisch Staatsblad heeft overigens nooit tot gevolg gehad dat dit instrument deel uitmaakt van de Belgische rechtsorde.⁷

79. Tenslotte wordt ook het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de hierna volgende uiteenzetting niet besproken.

Dit verdrag bevat weliswaar een aantal fundamentele rechten die in verband kunnen worden gebracht met transseksualiteit, zoals het recht om onmiddellijk na de geboorte te worden ingeschreven (artikel 7 lid 1 I.V.R.K.), het recht op naam (artikel 7 lid 1 I.V.R.K.) en de bescherming van de privacy (artikel 16 I.V.R.K.). In de praktijk is de mogelijke impact van deze verdragsbepalingen op de onderzochte materie evenwel zeer beperkt. Het I.V.R.K. is immers uitsluitend van toepassing op ieder mens jonger dan 18 jaar, tenzij volgens het op het kind van toepassing zijnde recht de meerderjarigheid eerder wordt bereikt (artikel 1 I.V.R.K.). De juridische problemen waarmee transseksuelen worden geconfronteerd, stellen zich echter hoofdzakelijk ná de leeftijd van 18 jaar, daar slechts zelden tot een geslachtsoperatie zal worden uitgevoerd vóór die leeftijd.⁸ Bovendien worden de genoemde grondrechten eveneens gewaarborgd door artikel 8 E.V.R.M.⁹, zodat ook transseksuelen die de leeftijd van 18 jaar nog niet hebben bereikt, zich eerder op deze verdragsbepaling zullen beroepen dan op het I.V.R.K. Tenslotte bevat het I.V.R.K. - in tegenstelling tot het E.V.R.M. - geen klachtmogelijkheid tegen de Verdragsstaten, noch de mogelijkheid om geschillen voor te leggen aan het Internationaal Gerechtshof, waardoor de afdwingbaarheid van dit Verdrag enigszins wordt beperkt.¹⁰

⁷ Cass. 15 maart 1965, *Pas.* 1965, I, 734; Cass. 1 december 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 391 en *Pas.* 1984, I, 365; Cass. 6 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 16 en *Pas.* 1993, I, 15; J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, 28-29; cf. Cass. 30 november 1976, *Arr. Cass.* 1977, 361; Cass. 10 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 850 en *Pas.* 1980, I, 841.

⁸ Zie *infra*, nrs. 225-226.

⁹ Zie A. ALÉN en W. PAS, 'De directe werking van het VN-verdrag inzake de rechten van het kind', in E. VERHELLEN, G. CAPPELAERE, G. DECOCK, L. DE SMET, C. ELAERTS, K. HANSON, C. MAES, P. MARTENS, H. PAS, P. RIETJENS, J. SMETS, F. SPIESSCHAERT, F. TULKENS, L. VANDENBERGHE, B. VAN KEIRSBlick en L. VENY (eds.), *Kinderrechtengids*, I, Gent, Mys & Breesch, losbl., 18-19.

¹⁰ K. ADRIAENSSENS, 'De rechten van het kind', *R.W.* 1991-92, 1117.

HOOFDSTUK I.

HET RECHT OP VRIJWARING TEGEN ONMENSELIJKE OF VERNEDERENDE BEHANDELINGEN EN BESTRAFFINGEN

AFDELING 1. INLEIDING

80. Het recht op vrijwaring tegen foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen en bestraffingen behoort tot de harde kern van de door het Europese Verdrag gewaarborgde rechten en vrijheden. De onvoorwaardelijke formulering van artikel 3 E.V.R.M. en het feit dat in geen enkele omstandigheid van deze bepaling mag worden afgeweken, maken van dit recht een algemeen aanvaarde minimumstandaard waaraan de Verdragsstaten zonder uitzondering moeten voldoen.¹¹ Een onderzoek naar de verenigbaarheid van de juridische benadering van transseksualiteit met de fundamentele rechten en vrijheden, dient bijgevolg aan te vangen met de vraag of die minimale waarborg *de facto* aan transseksuelen wordt geboden.

Met name moet worden nagegaan of transseksuele personen niet in een toestand worden geplaatst waarin hun menselijke waardigheid en fysieke integriteit, waarden die aan de grondslag liggen van artikel 3 E.V.R.M.¹², worden aangetast. Dit uitgangspunt noopt tot toetsing van twee belangrijke beleidsbeslissingen die ten aanzien van transseksuelen kunnen worden genomen, te weten de weigering om de lichamelijke geslachtsverandering formeel te erkennen, en het verbod om een geslachtsaanpassende behandeling te ondergaan.

¹¹ E.H.R.M., arrest Soering / Verenigd Koninkrijk van 7 juli 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 161, p. 34, § 88; E.H.R.M., arrest Vilvarajah en anderen / Verenigd Koninkrijk van 30 oktober 1991, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 215, p. 36, § 108; J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, 192-193; cf. E.H.R.M., arrest Ierland / Verenigd Koninkrijk van 18 januari 1978, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 25, p. 65, § 163; E.H.R.M., arrest Tyrer / Verenigd Koninkrijk van 25 april 1978, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 26, p. 19, § 38; E.C.R.M., nr. R 5310/71, 25 januari 1976, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 23-I, 389-390; G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Parijs, Economica, 1989, 286; F. SUDRE, 'Article 3', in *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, L.-E. PETTITI, E. DECAUX en P.-H. IMBERT (eds.), Parijs, Economica, 1995, 155; zie J. CALLEWAERT, 'L'article 3 de la Convention européenne : une norme relativement absolue ou absolument relative ?', in G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS en P. LAMBERT (eds.), *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Brussel, Bruylant, 1995, 14-28.

¹² E.H.R.M., arrest Tyrer v. Verenigd Koninkrijk van 25 april 1978, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 26, p. 16, § 33; D. GOMIEN, D. HARRIS en L. ZWAAK, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Straatsburg, Editions du Conseil de l'Europe, 1996, 105; J. VELAERS, 'Het menselijk lichaam en de grondrechten', in J. VELAERS (ed.), *Over zichzelf beschikken ? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 127 en 135-136; J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, 193.

AFDELING 2. HET AFWIJZEN VAN EEN JURIDISCHE GESLACHTSVERANDERING

81. Tot op heden is de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens slechts eenmaal toegekomen aan de beoordeling ten gronde van een klacht gebaseerd op artikel 3 E.V.R.M. van een post-operatieve transseksueel wiens vordering tot wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte was afgewezen door de nationale rechter.¹³

De Commissie was de mening toegedaan dat de situatie waarin de verzoekster zich bevond ingevolge de afwijzing van haar vordering door de nationale rechtbanken, in het dagelijkse leven weliswaar tal van moeilijkheden veroorzaakte, maar *per se* geen gevoelens van pijn, angst of minderwaardigheid had teweeg gebracht.¹⁴ De weigering om de geboorteakte aan te passen werd daarom niet voldoende ernstig geacht om onder het toepassingsgebied van artikel 3 E.V.R.M. te vallen.¹⁵

82. Deze stellingname belet evenwel niet dat een Verdragsstaat zou kunnen worden veroordeeld wegens een onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing van een transseksueel, indien de specifieke omstandigheden van de zaak zulks rechtvaardigen. In haar motivering in de zaak-*B. tegen Frankrijk* verwijst de Europese Commissie in dit verband naar de jurisprudentie van het Hof, dat bij de beoordeling van de ernst van de aangeklaagde handeling onder meer rekening houdt met de aard, de context en de duur van de behandeling, de fysieke en psychische gevolgen ervan en de elementen eigen aan de persoon van het slachtoffer.¹⁶

¹³ In twee andere gevallen, *X. tegen Duitsland* en *Van Oosterwijck tegen België*, werd de klacht op grond van artikel 3 E.V.R.M. wel ontvankelijk verklaard, maar diende de Commissie de merites van deze klacht niet te onderzoeken. E.C.R.M., nr. D 6699/74, 15 december 1977, *D.R.* nr. 11, 25; impliciet : E.C.R.M., nr. D 7654/76, 9 mei 1978, *D.R.*, nr. 11, 194. In de zaak-*Rees tegen het Verenigd Koninkrijk* besliste de Europese Commissie daarentegen dat de feiten geen aanleiding gaven tot een discussiepunt met betrekking tot de toepassing van artikel 3 E.V.R.M. E.C.R.M., nr. D 9532/81, 15 maart 1984, *D.R.* nr. 36, 88. In de zaken *D.N.* en *J.J. tegen Frankrijk* verklaarde de Europese Commissie de klachten gebaseerd op artikel 3 E.V.R.M. onontvankelijk, omdat de respectievelijke verzoekers de interne rechtsmiddelen niet hadden uitgeput : E.C.R.M., nr. D 17557/90, 13 mei 1992, onuitg. en E.C.R.M., nr. D 17558/90, 13 mei 1992, onuitg.

¹⁴ E.C.R.M., nr. R 13343/87, 6 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 87-88, § 84-86.

¹⁵ E.C.R.M., nr. R 13343/87, 6 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 88, § 87; cf. E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 28-29, § 62; E.C.R.M., nr. D 25680/94, 27 mei 1997, onuitg.; E.C.R.M., nr. D 28154/95, 2 juli 1997, onuitg.; zie E.H.R.M., arrest Ierland / Verenigd Koninkrijk van 18 januari 1978, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 25, p. 65, § 162; E.H.R.M., arrest Soering / Verenigd Koninkrijk van 7 juli 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 161, p. 39, § 100.

¹⁶ E.C.R.M., nr. R 13343/87, 6 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 87, § 83; cf. E.H.R.M., arrest Vilvarajah en anderen / Verenigd Koninkrijk van 30 oktober 1991, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 215, p. 36, § 107; zie E.H.R.M., arrest Ierland / Verenigd Koninkrijk van 18 januari 1978, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 25, p. 65, § 162; E.H.R.M., arrest Tyrer / Verenigd Koninkrijk van 25 april 1978, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 26, p. 14-15; § 29-30; E.H.R.M., arrest Soering / Verenigd Koninkrijk van 7 juli 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 161, p. 39, § 100 (wordt vervolgd...)

Vooraf in de penitentiare sfeer kan de miskenning van de gewijzigde gender aanleiding geven tot een inbreuk op artikel 3 E.V.R.M. De voorbereidende werken van de Resolutie van het Europese Parlement van 12 september 1989 over de discriminatie van transseksuelen maken onder meer melding van een geval waarin een aantal wettelijk erkende man-naar-vrouw-transseksuelen werden gearresteerd en op basis van oude archieven werden opgesloten in de mannenafdeling van een gevangenis, waar zij ernstig werden vernederd.¹⁷ Mijns inziens maakt de tenuitvoerlegging van de voorlopige hechtenis of de gevangenisstraf in de gegeven omstandigheden een vernederende behandeling of bestraffing uit.¹⁸ De vernedering die de betrokkenen *in casu* dienden te ondergaan, overtreft immers de normale mate van vernedering die samenhangt met een legitieme gevangenisstraf.¹⁹

Mutatis mutandis moet worden aanvaard dat de juridische negatie van de lichamelijke geslachtstransformatie artikel 3 E.V.R.M. schendt, indien een post-operatieve transseksueel op basis van zijn ongewijzigde juridische geslacht zou worden opgesloten in een penitentiare inrichting voor leden van zijn oorspronkelijke geslacht. In dat geval is het precies de discrepantie tussen de morfologische geslachtskenmerken en de officiële kunne die onrechtstreeks leidt tot grove vernederingen ten overstaan van anderen²⁰, en bij de betrokkene ernstig psychisch leed en gevoelens van angst van angst voor fysiek en/of psychisch geweld veroorzaakt.²¹

1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 161, p. 35, § 89 en p. 39, § 100; E.H.R.M., arrest Costello-Roberts / Verenigd Koninkrijk van 25 maart 1993, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 247-C, p. 59, § 30.

¹⁷ Verslag namens de Commissie verzoekschriften, *Zittingsdocumenten Eur. Parl.* 1989-90, Serie A, 19 juli 1989 - 1 september 1989, 14; E. HEINZE, *Sexual Orientation: A Human Right. An Essay on International Human Rights Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 6.

¹⁸ E.C.R.M., nr. R 4403/70 - R 4419/70, R 4422/70, R 4423/70, R 4434/70, R 4443/70, R 4476/70 - R 4478/70, R 4486/70, R 4501/70 en R 4526/70 - R 4530/70, 14 december 1973, *D.R.* nr. 78-A, p. 55-57, § 189-195; cf. E.C.R.M., nr. D 21915/93, 12 januari 1995, *D.R.* nr. 80-A, p. 128-129; E. HEINZE, *o.c.*, 275.

¹⁹ E.H.R.M., arrest Tyrer / Verenigd Koninkrijk van 25 april 1978, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 26, p. 15, § 30; E.H.R.M., arrest Soering / Verenigd Koninkrijk van 7 juli 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 161, p. 39, § 100; E.H.R.M., arrest Costello-Roberts / Verenigd Koninkrijk van 25 maart 1993, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 247-C, p. 59, § 30; J. CALLEWAERT, *l.c.*, 32-33.

²⁰ Cf. E.C.R.M., nr. R 3321/67, R 3322/67, R 3323/67 en R 3344/67, 5 november 1969, *Yearbook*, 1969, 186; E.C.R.M., nr. R 4403/70 - R 4419/70, R 4422/70, R 4423/70, R 4434/70, R 4443/70, R 4476/70 - R 4478/70, R 4486/70, R 4501/70 en R 4526/70 - R 4530/70, 14 december 1973, *D.R.* nr. 78-A, p. 55-57, § 189-195; E.C.R.M., nr. R 5310/71, 25 januari 1976, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 23-I, 389; E.C.R.M., nr. R 14038/88, 19 januari 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 161, p. 57, § 104.

²¹ E.H.R.M., arrest Ireland / Verenigd Koninkrijk van 18 januari 1978, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 25, p. 66, § 167; E.H.R.M., arrest Soering / Verenigd Koninkrijk van 7 juli 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. p. 161, 39, § 100.

83. De minderheidsopvatting van de Europese Commissie in de zaak-*B. tegen Frankrijk*, volgens dewelke de weigering om de geboorteakte van een transseksueel aan te passen aan diens gewijzigde uiterlijk op zichzelf reeds een vernederende behandeling uitmaakt²², kan daarentegen in haar algemeenheid niet worden volgehouden.

Eenzijds erkent de Resolutie van het Europese Parlement van 12 september 1989 over de discriminatie van transseksuelen dat de menselijke waardigheid en het recht op persoonlijkheid moeten impliceren dat overeenkomstig de geslachtsidentiteit kan worden geleefd.²³ Op grond van deze beginselverklaring zou men de stelling kunnen verdedigen dat de administratieve of rechterlijke beslissing waarbij de wijziging van de geboorteakte wordt afgewezen, de fundamentele waarden miskent die aan de grondslag liggen van artikel 3 E.V.R.M. en bijgevolg als een vernederende behandeling van de betrokkene moet worden beschouwd. Het onaangepaste juridische statuut verhoogt immers het risico dat een transseksueel wordt gediscrimineerd²⁴ of vernederd omwille van zijn specifieke toestand. In die zin zou men kunnen stellen dat de Verdragsstaat die een juridische geslachtsverandering weigert, tekort schiet in zijn positieve verplichting om te voorzien in regels die de psychische integriteit en de menselijke waardigheid van de transseksueel beschermen tegen inbreuken van private personen.²⁵

Daartegenover staat dat de vaste jurisprudentie van zowel de Commissie als het Hof vereist dat de bestreden beslissing een minimale ernst heeft om in aanmerking te worden genomen als een mogelijke schending van artikel 3.²⁶ Bij deze drempelcontrole moet een evenwicht worden nagestreefd tussen de belangen van de gemeenschap en de belangen van het

²² J.-C. GEUS, bijgetreden G.H. THUNE en C.L. ROZAKIS, Dissenting opinion (m.b.t. Art. 3) bij E.C.R.M., nr. R 13343/87, 6 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, 89-91.

²³ Resolutie Eur. Parl. nr. A 3-16/89, 12 september 1989 over de discriminatie van transseksuelen, *PB. C.* 12 september 1989, afl. 256, p. 34, nr. 1.

²⁴ Volgens sommige auteurs zou discriminatie op grond van persoonlijke kenmerken zoals geslacht en de seksuele geaardheid in bepaalde omstandigheden een vernederende behandeling kunnen zijn. E. HEINZE, *o.c.*, 264; cf. D. GOMIEN, D. HARRIS en L. ZWAAK, *o.c.*, 111; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londen, Butterworths, 1995, 83; *contra* F. SUDRE, 'Article 3', *l.c.*, 164-165.

²⁵ *Ibid.*, 165; cf. D.J. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK, *o.c.*, 57-58.

²⁶ E.H.R.M., arrest Ierland / Verenigd Koninkrijk van 18 januari 1978, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 25, p. 65, § 162; E.H.R.M., arrest Soering / Verenigd Koninkrijk van 7 juli 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 161, p. 39, § 100; cf. E.C.R.M., nr. R 3321/67, R 3322/67, R 3323/67 en R 3344/67, 5 november 1969, *Yearbook*, 1969, 186; E.C.R.M., nr. R 14038/88, 19 januari 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 161, p. 57, § 104; zie D. GOMIEN, D. HARRIS en L. ZWAAK, *o.c.*, 108-110.

individu²⁷, rekening houdend met alle concrete omstandigheden van de zaak.²⁸ Indien het rechtssysteem van een Verdragsstaat voldoende waarborgen biedt om te vermijden dat transseksuelen in het dagelijkse leven worden blootgesteld aan vernederingen, is de kans op een veroordeling zeer gering, mede gelet op het standpunt dat het Europese Hof in de zaken *Rees en Cossey tegen Verenigd Koninkrijk* en *B. tegen Frankrijk* heeft ingenomen met betrekking tot het recht op eerbiediging van het privé-leven van transseksuelen.²⁹

AFDELING 3. HET VERBOD VAN DE GESLACHTSAANPASSENDE BEHANDELING

84. De vraag of een absoluut verbod om een geslachtsaanpassende behandeling te ondergaan of uit te voeren strijdig is met artikel 3 E.V.R.M., werd vooralsnog niet voorgelegd aan de Straatsburgse instanties. Men dient evenwel aan te nemen dat dergelijk verbod de toets aan de minimumstandaard van artikel 3 niet zal doorstaan.

De noodzaak van een medisch ingrijpen in geval van vastgestelde transseksualiteit kan mijns inziens immers niet redelijkerwijze worden betwist.³⁰ De onweerlegbare en diepgewortelde wens om de uiterlijk waarneembare geslachtskenmerken aan te passen aan de genderidentiteit, veroorzaakt ernstige psychische spanningen en kan in bepaalde gevallen zelfs leiden tot automutilatie of zelfmoord. Deze gevoelens van onvrede met de fysieke sekse kunnen bij de meeste transseksuelen alleen worden weggenomen of verminderd door het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling.

Gelet op dit therapeutische effect van de hormonale en heelkundige behandeling dient een absoluut verbod op het ondergaan van deze medische ingrepen te worden gekwalificeerd als een onmenselijke, minstens vernederende behandeling.³¹ De nefaste psychische gevolgen van dit verbod vormen een aantasting van de menselijke waardigheid die voldoende ernstig

²⁷ E.H.R.M., arrest *Soering / Verenigd Koninkrijk* van 7 juli 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 161, p. 35, § 89 en p. 44, § 110; *contra* F. SUDRE, 'Article 3', *l.c.*, 160-161.

²⁸ E.H.R.M., *Soering / Verenigd Koninkrijk* van 7 juli 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 161, p. 35, § 89.

²⁹ E.H.R.M., arrest *Rees / Verenigd Koninkrijk* van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 15, § 37; E.H.R.M., *Cossey / Verenigd Koninkrijk* van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 15, § 37; E.H.R.M., *B. / Frankrijk* van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 47, § 44. Het Straatsburgse Hof benadrukte in elk van deze zaken dat een evenwicht diende te worden nagestreefd tussen de belangen van de enkeling en de belangen van de maatschappij. Cf. D.J. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK, *o.c.*, 58.

³⁰ Zie *supra*, nrs. 43-45.

³¹ Cf. J.C. GEUS, bijgetreden door G.H. THUNE en C.L. ROZAKIS, Dissenting opinion (m.b.t. Art. 3) bij E.C.R.M., R 13343/87, 6 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 90, § 3.

voorkomt om te besluiten tot een tekortkoming aan artikel 3 E.V.R.M.³²

85. Het onderwerpen van de geslachtsaanpassende behandeling aan bepaalde voorwaarden lijkt mij daarentegen niet strijdig met de vereisten van artikel 3, in zoverre deze voorwaarden de bescherming van de patiënt beogen, en de procedure van de lichamelijke geslachtsverandering omkleden met de nodige waarborgen van diagnose en deskundige begeleiding. In dit opzicht kan de bovengenoemde Resolutie van het Europese Parlement maatgevend zijn.³³

³² Cf. E.H.R.M., arrest Ierland / Verenigd Koninkrijk van 18 januari 1978, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 25, p. 66, § 167; E.H.R.M., arrest Tyrer / Verenigd Koninkrijk van 25 april 1978, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 26, p. 16, § 33; E.H.R.M., arrest Soering / Verenigd Koninkrijk van 7 juli 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 161, p. 39, § 100; E.C.R.M., nr. R 3321/67, R 3322/67, R 3323/67 en R 3334/67, 5 november 1969, *Yearbook*, 1969, 186.

³³ Resolutie Eur. Parl. nr. A 3-16/89, 12 september 1989 over de discriminatie van transseksuelen, *PB. C.* 12 september 1989, afl. 256, p. 34, nr. 2.

HOOFDSTUK II.

HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN HET PRIVÉ-LEVEN EN DE JURIDISCHE ERKENNING VAN DE GESLACHTSIDENTITEIT

AFDELING 1. INLEIDING

86. De juridische erkenning van de genderidentiteit vormt het sluitstuk van het transformatieproces dat transseksuelen doormaken. Het welslagen van de sociale integratie van de transseksueel in diens nieuwe geslachtsrol veronderstelt immers dat de betrokkene ook *de jure* tot het door hem of haar gewenste geslacht behoort en door de maatschappij als lid van deze sekse wordt behandeld.

In elk van de landen die in het rechtsvergelijkende gedeelte van deze verhandeling worden besproken, stuitte het streven van transseksuelen naar maatschappelijk-juridische bevestiging van hun genderidentiteit evenwel aanvankelijk op de weigering van de nationale overheden om de geslachtsgebonden vermeldingen in de geboorteakte in overeenstemming te brengen met de gewijzigde fysieke gender.³⁴ Aldus gereduceerd tot een technische problematiek, heeft de vraag naar officiële erkenning van de geslachtsbeleving van een post-operatieve transseksueel reeds verscheidene malen aanleiding gegeven tot individuele klachten bij de Controleorganen van de Raad van Europa.

87. Deze klachten vallen onmiskenbaar onder het toepassingsgebied van artikel 8 E.V.R.M., vermits derden door de tegenstelling tussen de officiële identiteit en de morfologische geslachtskenmerken kennis kunnen nemen van privacygebonden gegevens met betrekking tot de fysieke toestand, de gezondheid en de persoonlijkheid van de betrokkene.³⁵

Het begrip “privé-leven” omvat bovendien tot op zekere hoogte het recht op sociale contacten met anderen en met name het fundamentele recht om de eigen persoonlijkheid te ontplooiën door het aangaan en ontwikkelen van affectieve en seksuele relaties.³⁶ De uitoefening van dit

³⁴ Zie Titel III van dit proefschrift.

³⁵ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 24, § 44; E.A.A., noot onder E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *N.J.*, 1987, nr. 954, p. 3246; zie D.J. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK, *o.c.*, 307.

³⁶ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 26, § 51; E.C.R.M., nr. R 13343/87, 6 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 84, § 60; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK, *o.c.*, 311-312; E. HEINZE, *o.c.*, 173-174; J. VELAERS, 'Het menselijk lichaam en de grondrechten', *l.c.*, 159; J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, 537-538; cf. E.H.R.M., arrest X. en Y. / Nederland van 26 maart 1985, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 91, p. 11, § 22; E.H.R.M., arrest Dudgeon / Verenigd Koninkrijk (wordt vervolgd...)

recht op emotioneel-affectieve bindingen hangt zeer nauw samen met de geslachtsbeleving en de wijze waarop die veruitwendigd wordt in het uiterlijk en de sociale rol. De gender behoort aldus tot de essentiële elementen van de menselijke persoonlijkheid.³⁷

AFDELING 2. GEEN WILLEKEURIGE INMENGING IN HET PRIVÉ-LEVEN VAN TRANSSEKSUELEN

88. Artikel 8 E.V.R.M. beoogt in de eerste plaats het individu te behoeden tegen willekeurige overheidsinmengingen in diens privé- en/of familielevens.³⁸

89. Het louter afwijzen van het verzoek van een geopereerde transseksueel om de gegevens in de registers van de burgerlijke stand te wijzigen, wordt door de Straatsburgse jurisprudentie echter niet beschouwd als een willekeurige overheidsinmenging in het privé-leven, aangezien deze afwijzing voortvloeit uit de wettelijke regeling van de burgerlijke stand, die op zichzelf niet tot doel heeft om transseksuelen te verhinderen met andere personen relaties van diverse aard aan te knopen.³⁹

90. Een absoluut verbod op het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling lijkt daarentegen wel een ongeoorloofde inmenging te zijn in het privé-leven van transseksuelen.⁴⁰

van 22 oktober 1981, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 45, p. 18, § 41; E.C.R.M., nr. D 6825/74, 18 mei 1976, D.R. nr. 5, 87; E.C.R.M., nr. R 22500/93, 12 april 1995, onuitg., § 37; P. DE HERT, *Art. 8 E.V.R.M. en het Belgisch Recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, nrs. 59 en 64.

³⁷ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 26, § 52; E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, nr. 89, p. 23, § 43; E.C.R.M., nr. R 13343/87, 6 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 86, § 71; S.K. MARTENS, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 26, § 3.4; Recommendation Parl. Verg. nr. 1117 (1989), 29 september 1989 on the condition of transsexuals, *Texts adopted by the assembly*, 1989-1990, september 1989; D. FELDMAN, *Civil liberties & human rights in England & Wales*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 495; D. GOMIEN, D. HARRIS en L. ZWAAK, o.c., 232.

³⁸ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 24, § 45; E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, p. 22, § 40; zie R. LAWSON, 'Positieve verplichtingen onder het E.V.R.M: opkomst en ondergang van de 'fair balance'-test', *N.J.C.M.* 1995, 559-562.

³⁹ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 14, § 35; E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 15, § 36; E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 26, § 51-52; contra S.K. MARTENS, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 26-27, § 3.4-3.5; H. WILLEKENS, *Vrouwelijkheid, mannelijkheid en recht. Theoretische verkenningen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 212.

⁴⁰ Cf. E. HEINZE, o.c., 174 : "Entirely different are categorical prohibitions that negate the entire range of an individual's potential sexual and affective partners, and that thus negate the individual's corresponding psychological processes. The total negation of individuals' only prospects for sexual-affective autonomy rises to (wordt vervolgd...)"

De negatie van het therapeutische effect van de hormonale en heelkundige behandeling, verhindert de normale psychosociale en seksuele ontwikkeling van het individu en maakt het leggen van sociale contacten quasi onmogelijk. Het verbieden van de lichamelijke aanpassing zou bijgevolg *de facto* neerkomen op een sociaal isolement van de transseksuele populatie⁴¹, en kan zelfs een bedreiging betekenen voor de persoonlijkheid van sommige transseksuelen.

91. Artikel 8 E.V.R.M. verbiedt de Verdragsstaten evenwel niet om het uitvoeren van de behandeling op hun grondgebied afhankelijk te maken van bepaalde materiële of procedurele voorwaarden, in zoverre de opgelegde voorwaarden voldoen aan de criteria van artikel 8 § 2 E.V.R.M.

Daartoe is in de eerste plaats vereist dat de beperkende voorwaarden een “wettelijke” grondslag moeten hebben. Het volstaat weliswaar dat er een algemeen geldende reglementering voorhanden is die het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling regelt. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan een medisch behandelingsprotocol waarin de medisch-professionele standaard nader wordt uitgewerkt en minimale normen worden opgelegd voor de behandeling van transseksuelen⁴², mits deze regeling voldoende precies⁴³ en voldoende toegankelijk⁴⁴ is.

De opgelegde beperkingen moeten tevens een legitieme doelstelling nastreven. Zo laat artikel 8 § 2 E.V.R.M. de nationale overheid onder meer toe om een reglementering uit te vaardigen met het oog op de bescherming van de gezondheid van de betrokken transseksuelen zelf⁴⁵, of ter bescherming van de belangen van derden, zoals de echtgenote en de kinderen van

an «abolition of the boundary between social and private life,» which is «[o]ne of the primary characteristics of a totalitarian State», that is, of a State which seeks to regiment «not only public activities, but also individuals' private lives».”; P. ROLLAND en P. TAVERNIER, ‘Chronique de jurisprudence de la cour européenne des droits de l’homme’, *J.D.L.* 1987, 797.

⁴¹ Cf. J.J. HAGE, ‘Les conditions et conséquences médicales des interventions chirurgicales pour changer de sexe’, in X. (ed.), *Transsexualisme, médecine et droit. Actes XXIII^e Colloque de droit européen*, Straatsburg, Editions du Conseil de l’Europe, 1995, 109.

⁴² Cf. E.H.R.M., arrest Barthold / West-Duitsland van 25 maart 1985, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 90, p. 21, § 46 (i.v.m. een deontologische regeling).

⁴³ E.H.R.M., arrest Sunday Times / Verenigd Koninkrijk van 26 april 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 30, p. 31, § 49; E.H.R.M., arrest Olsson / Zweden van 24 maart 1988, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 130, p. 30, § 61; P. DE HERT, *o.c.*, nr. 19.

⁴⁴ E.H.R.M., arrest Sunday Times / Verenigd Koninkrijk van 26 april 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 30, p. 31, § 49; E.H.R.M., arrest Leander / Zweden van 26 maart 1987, *Publ. Eur. Court. H.R.*, Serie A, nr. 116, p. 23, § 50; P. DE HERT, *o.c.*, nr. 18.

⁴⁵ Zie J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, 566-567.

transseksuele personen.

Tenslotte dienen de maatregelen noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving. Volgens de vaste jurisprudentie van het Hof moet hieronder worden verstaan dat het uitwerken van de beperkende reglementering beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke noodzaak⁴⁶ en dat de maatregelen zelf evenredig zijn met dit nagestreefde doel.⁴⁷ De noodzaak om het uitvoeren van een geneeskundige behandeling met zeer verstreckende gevolgen te onderwerpen aan een duidelijke regeling, lijkt mijns insziens moeilijk te kunnen worden betwist. Of de voorwaarden waaraan de geslachtsaanpassende behandeling wordt onderworpen geen beperking inhouden die disproportioneel is met het nagestreefde doel, moet *in concreto* worden beoordeeld in het licht van de actuele medische kennis over transseksualiteit en met name aan de algemeen aanvaarde behandelingsplannen die door behandelende geneesheren worden gehanteerd.

AFDELING 3. DE POSITIEVE VERPLICHTING TOT WIJZIGING VAN DE STAAT VAN DE PERSOON NÁ HET ONDERGAAN VAN EEN GESLACHTSOPERATIE

§1. De maximalistische opvatting van de voormalige Europese Commissie

A. De genderidentiteit als constitutief bestanddeel van de juridische geslachtsbepaling

92. Aanvankelijk gaf de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens blijk van een zeer vooruitstrevend standpunt inzake de positieve verplichtingen die op de Verdragsstaten rusten ten aanzien van transseksuelen. Zowel in de zaak-*Van Oosterwijck tegen België*⁴⁸ als in de zaak-*Rees tegen het Verenigd Koninkrijk*⁴⁹ besliste zij unaniem dat

⁴⁶ E.H.R.M., arrest Silver / Verenigd Koninkrijk van 25 maart 1983, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 61, p. 37-38, § 97; E.H.R.M., arrest Leander / Zweden van 26 maart 1987, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 116, p. 25, § 58; E.H.R.M., arrest W. / Verenigd Koninkrijk van 8 juli 1987, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 121, p. 27, § 60; E.H.R.M., arrest Olsson / Zweden van 24 maart 1988, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 130, p. 31, § 67; E.H.R.M., arrest Moustaqim / België van 18 februari 1991, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 193, p. 19, § 43; zie E.H.R.M., arrest Handyside / Verenigd Koninkrijk van 7 december 1976, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 24, p. 22, § 48; P. DE HERT, *o.c.*, nrs. 31-32.

⁴⁷ E.H.R.M., arrest Silver / Verenigd Koninkrijk van 25 maart 1983, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 61, p. 37-38, § 97; E.H.R.M., arrest Leander / Zweden van 26 maart 1987, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 116, p. 25, § 58; E.H.R.M., arrest W. / Verenigd Koninkrijk van 8 juli 1987, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 121, p. 27, § 60; E.H.R.M., arrest Olsson / Zweden van 24 maart 1988, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 130, p. 31, § 67; E.H.R.M., arrest Moustaqim / België van 18 februari 1991, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 193, p. 19, § 43; zie P. DE HERT, *o.c.*, nrs. 38-42.

⁴⁸ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 26, § 52. Het Europese (wordt vervolgd...)

artikel 8 E.V.R.M. wordt geschonden door een Verdragsstaat die nalaat in een regeling te voorzien waardoor de staat van de persoon van een transseksueel kan worden aangepast aan de gewijzigde geslachtskenmerken.⁵⁰

93. De Commissie oordeelde in beide gevallen dat een Verdragsstaat die er zich niet tegen verzet dat transseksuelen een geslachtsaanpassende behandeling ondergaan, de nodige voorzorgen moet nemen om te vermijden dat het privé-leven van de betrokken personen nadien wordt blootgesteld aan abnormale of overdreven inmengingen van derden.⁵¹ Dit impliceert dat post-operatieve transseksuelen in de eerste plaats moeten kunnen beschikken over identiteitsdocumenten die overeenstemmen met hun uiterlijk.⁵² Het gebrek aan aangepaste documenten leidt immers tot discriminatie en uitsluiting van bepaalde beroepen, activiteiten en relaties, ten gevolge van de verklaringen die transseksuelen moeten geven voor hun specifieke toestand.⁵³

Het volstaat echter niet dat de nationale wetgeving en de administratieve praktijk het aannemen van de nieuwe geslachtsrol vergemakkelijken. Formele toegevingen aan de biologische verschijningsvorm, zoals de voornaamswijziging en het niet vermelden van het geslacht op de identiteitskaart, laten weliswaar toe dat transseksuelen de meest gebruikelijke handelingen kunnen stellen zonder reëel gevaar voor ontdekking van hun probleem.⁵⁴ Zij verhinderen evenwel niet dat de discrepantie tussen de officiële kunne en het feitelijke geslacht alsnog aan het licht zal komen, telkens het overleggen van een afschrift van de geboorteakte wordt vereist. Een daadwerkelijke bescherming van de privacy veronderstelt

Hof heeft geen kennis genomen van de grond van deze zaak daar de verzoeker volgens het Hof de interne rechtsmiddelen niet had uitgeput. Zie E.H.R.M., arrest Van Oosterwijck / België van 6 november 1980, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 40, p. 5 en *EuGRZ.* 1981, 275, noot H. SEIBERT.

⁴⁹ E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, p. 25, § 51.

⁵⁰ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 24, § 45-46 en p. 26, § 52; E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Serie B.*, nr. 89, p. 22, § 41 en p. 25, § 50. In een gelijkaardige zaak tegen de Bondsrepubliek Duitsland werd een minnelijke regeling bereikt. Zie E.C.R.M., nr. R 6699/74, 11 oktober 1979, *D.R.* nr. 17, 21 en *EuGRZ.* 1981, 127, noot H.-J. MENGEL. Ook een klacht tegen Italië werd niet verder onderzocht nadat de Europese Commissie had vastgesteld dat deze klacht zonder voorwerp was geworden door de inwerkingtreding van de Wet nr. 164 van 14 april 1982, die het voor Italiaanse transseksuelen mogelijk maakte om hun burgerlijke status te wijzigen. E.C.R.M., nr. D 9420/81, 5 oktober 1982, onuitg.

⁵¹ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 24, § 46; cf. E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, p. 24, § 48.

⁵² E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 25, § 46; cf. E.C.R.M., Rapport, 12 december 1984 (Rees / Verenigd Koninkrijk), *l.c.*, p. 23, § 43.

⁵³ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 25, § 46.

⁵⁴ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 25, § 47-48.

derhalve de wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte.⁵⁵

94. De Europese Commissie onderstreepte bovendien dat artikel 8 E.V.R.M. aan de overheid een positieve verplichting oplegt om de gewijzigde gender van een transseksueel te erkennen als essentieel element van de persoonlijkheid.⁵⁶ Hierbij moet zowel rekening worden gehouden met de gewijzigde morfologie, als met de genderidentiteit en de sociale rol.⁵⁷ Door de aanpassing van de geboorteakte van een post-operatieve transseksueel te weigeren, miskenden de nationale instanties ook in dit opzicht het recht op eerbiediging van het privé-leven.

B. Voorwaarden

1. *Het ondergaan van een medische behandeling die de geslachtswijziging tot gevolg heeft*

95. Volgens de Commissie zijn de Verdragsstaten slechts gehouden om de gewijzigde gender van een transseksueel juridisch te erkennen, indien de betrokkene een geslachtsaanpassende behandeling heeft ondergaan en zo veel als medisch *mogelijk* de normale verschijning en de kenmerken heeft aangenomen van de andere sekse dan diegene die is vermeld in de geboorteakte.⁵⁸ Concreet betekent deze voorwaarde dat het privé-leven van de transseksueel op dit domein wordt beschermd vanaf het ogenblik waarop de lichamelijke geslachtsverandering is voltooid. Alleen bij vrouw-naar-man-transseksuelen wordt aanvaard dat de falloplastiek geen noodzakelijk onderdeel van de behandeling uitmaakt.⁵⁹

⁵⁵ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 25, § 47 en 49; E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, § 46-47.

⁵⁶ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 26, § 52; E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, § 43.

⁵⁷ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 26, § 52.

⁵⁸ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 24-25, § 46; E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, p. 22, § 41 en p. 24, § 43.

⁵⁹ Dit kan impliciet worden afgeleid uit het rapport inzake Mark Rees. In tegenstelling tot Daniël Van Oosterwijk, die een volledige hormonale en heelkundige behandeling onderging, met inbegrip van een falloplastiek (Zie E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 15, § 15.), bleef de behandeling bij Mark Rees beperkt tot het operatief verwijderen van de oorspronkelijke vrouwelijke geslachtskenmerken, in combinatie met een hormonale behandeling (Zie E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, p. 14, § 14 en p. 22, § 41.) Het volstaat bijgevolg dat een vrouw-naar-man-transseksueel de secundaire geslachtskenmerken verwerft door het ondergaan van een hormonale therapie. Deze nuancering lijkt ingegeven te zijn door de vaststelling dat de medische mogelijkheden bij vrouw-naar-man-transseksuelen minder ver ontwikkeld zijn (Zie *supra*, nrs. 59-61.).

In de redenering van de Europese Commissie wordt de uit artikel 8 E.V.R.M. voortvloeiende verplichting tot erkenning van de gender als element van persoonlijkheid, dan ook vertaald in de verplichting tot juridische bevestiging van het gewijzigde uiterlijk van de transseksueel.⁶⁰

96. De Commissie verliest echter uit het oog dat sommige transseksuelen de geslachtsaanpassende behandeling omwille van medische redenen niet kunnen ondergaan. Factoren als een slechte algemene fysieke toestand of een vergrote kans op trombo-embolische processen kunnen een contra-indicatie vormen voor de hormonale behandeling en/of de heelkundige ingrepen.⁶¹

Een onverkorte toepassing van de voorwaarde inzake de lichamelijke aanpassing zou ertoe leiden dat het juridische geslacht van deze personen ongewijzigd blijft, zelfs indien zij maatschappelijk de rol van de andere kunne hebben aangenomen en als dusdanig door de samenleving zijn aanvaard. Daarom moet de verplichting om de gewijzigde gender juridisch te erkennen mijns inziens ook gelden in gevallen waarin de feitelijke geslachtstransformatie weliswaar medisch *mogelijk*, doch gezien de hoge risico's niet *verantwoord* is.⁶² In deze hypothesen kan de overheid wel bijkomende procedurele voorwaarden opleggen met betrekking tot het bewijs van de toestand van transseksualiteit, alsmede van de redenen die de geslachtsaanpassende behandeling onverantwoord maken.⁶³

97. Een tweede nuancering van de voorwaarde van lichamelijke aanpassing houdt verband met de hoge kostprijs van de hormonale en heelkundige behandeling. Niet iedere transseksueel die medisch in aanmerking komt voor een lichamelijke geslachtswijziging, beschikt over voldoende financiële middelen om deze kosten te dragen. Derhalve kan de juridische geslachtswijziging slechts afhankelijk worden gemaakt van het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling, in zoverre de Verdragsstaten tevens gehouden zijn om in hun sociale wetgeving bepalingen op te nemen die de terugbetaling regelen van de medisch noodzakelijke ingrepen.⁶⁴

⁶⁰ E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, p. 24, § 43.

⁶¹ Cf. P. COHEN-KETTENIS, A.J. KUIPER W.A. ZWAAN en F.J. HUYSE, 'Transseksualiteit. II. Diagnostiek: de eerste, tentatieve, fase', *Ned. Tijdschr. Gen.* 1992, 1896.

⁶² *Contra* L.-E. PETTITI, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 65; N. VALTICOS, bijgetreden door A.N. LOIZOU, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 67-68.

⁶³ Het kan immers niet worden aanvaard dat een persoon zijn of haar geslacht naar eigen goeddunken kan bepalen. Cf. D. FELDMAN, o.c., 501; J.-F. RENUCCI, 'Droit européen des droits de l'homme', *D.* 1992, Som., 326.

⁶⁴ Resolutie Eur. Parl. nr. A 3-16/89, 12 september 1989 over de discriminatie van transseksuelen, *PB. C.* 12 (wordt vervolgd...)

Zonder dit sociaal vangnet worden minvermogende transseksuelen zowel van de feitelijke als van de juridische geslachtswijziging uitgesloten. Dit verschil in behandeling tussen minvermogende en vermogende transseksuelen kan niet worden aanvaard en maakt naar mijn mening een schending uit van artikel 8 al dan niet in samenlezing met artikel 14 van de Europese Conventie.

2. De vereiste van een "lawful treatment"

98. Het materiële feit dat een persoon een medische behandeling ondergaat die resulteert in de verandering van de lichamelijke geslachtskenmerken, brengt evenwel niet *eo ipso* met zich mee dat de Verdragsstaten een wijziging van staat van de transseksueel dienen toe te staan. Aangezien de staat van de persoon de fundamenteën van het recht en de samenleving raakt, moet de overheid slechts rekening houden met de gevolgen van een "lawful treatment".⁶⁵ Om aan deze kwalificatie te voldoen, moet de behandeling worden uitgevoerd op advies van een dokter⁶⁶ en moet de operatieve geslachtsverandering kaderen in een therapie die de sociale integratie van de patiënt beoogt in de door hem of haar gewenste geslachtsrol.⁶⁷

Met deze bijkomende voorwaarden lijkt de Commissie te willen aangeven dat uit artikel 8 E.V.R.M. niet mag worden afgeleid dat de staat van de persoon kan worden gewijzigd ingevolge een willekeurige beslissing.⁶⁸ Bovendien biedt een behandeling die wordt uitgevoerd in samenspraak met deskundigen in diverse vakgebieden de meeste garanties inzake waarachtigheid van de transseksuele gevoelens.⁶⁹

september 1989, afl. 256, p. 34, nr. 4; D. FELDMAN, *o.c.*, 496-497.

⁶⁵ Cf. E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 25, § 46 en p. 26, § 5.

⁶⁶ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 25, § 46.

⁶⁷ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 25, § 46 en p. 26, § 52; cf. J.J. HAGE, 'Les conditions et conséquences médicales des interventions chirurgicales pour changer de sexe', *l.c.*, 109.

⁶⁸ Cf. N. VALTICOS, bijgetreden door A.N. LOIZOU, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 67-68.

⁶⁹ In dit verband kan onder meer worden gewezen op de uitgebreide differentiële diagnose die aan de behandeling voorafgaat, alsmede op de real-life test. Zie *supra*, nrs. 46-50. Cf. L.-E. PETTITI, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 64-65.

C. Geen rechtvaardiging door redenen van algemeen belang

99. In de *Rees*-zaak heeft de regering van het Verenigd Koninkrijk opgeworpen dat haar weigering om de geboorteakte te wijzigen was ingegeven door redenen van algemeen belang. Het systeem van registratie van geboorten, overlijdens en huwelijken zou immers niet alleen een authentiek bewijs leveren voor de geregistreerde feiten, maar tevens van vitaal belang zijn voor de vaststelling van familiebanden in materies zoals het erfrecht, het afstammingsrecht en de verdeling van de eigendom. Daarenboven zouden deze registers de basis vormen van een aantal demografische statistieken.⁷⁰

De Commissie was echter van oordeel dat de vermelding van een geslachtswijziging in het geboortenregister geen aantasting vormt van de onderscheiden functies van de registers van de burgerlijke stand. Integendeel zou een dergelijke vermelding juist bijdragen tot een accurater statistisch beeld van de huidige situatie.⁷¹

§2. De afwijzende houding van het Europese Hof (1986-1990)

A. De Zaak-Rees tegen het Verenigd Koninkrijk

100. In navolging van haar vroegere rechtspraak met betrekking tot artikel 8 E.V.R.M.⁷² herhaalde het Europese Hof bij de beoordeling van de *Rees*-zaak dat een daadwerkelijke eerbiediging van het privé-leven ook positieve verplichtingen kan inhouden.⁷³ Het Hof benadrukte echter dat de draagwijdte van het begrip “eerbiediging” niet scherp is afgelijnd, maar geval per geval dient te worden bepaald in functie van de heersende rechtspraktijk in de verschillende Verdragsstaten.⁷⁴

Transseksualiteit was volgens het Hof bij uitstek een domein waarin de Verdragsstaten een

⁷⁰ Zie E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, p. 20, § 32.

⁷¹ E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, p. 25, § 49.

⁷² E.H.R.M., arrest *Marckx* / België van 13 juni 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 31, p. 15, § 31; E.H.R.M., arrest *Airey* / Ierland van 9 oktober 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 32, p. 17, § 32; E.H.R.M., arrest *X. en Y.* / Nederland van 26 maart 1985, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 91, p. 11, § 23; E.H.R.M., arrest *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* / Verenigd Koninkrijk van 28 mei 1985, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 94, p. 33, § 67; zie P. DE HERT, *o.c.*, nrs. 47-48; R. LAWSON, *l.c.*, 559-567.

⁷³ E.H.R.M., arrest *Rees* / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 14, § 35.

⁷⁴ E.H.R.M., arrest *Rees* / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, p. 15, § 37. Ook in dit opzicht volgde het Hof haar eerdere jurisprudentie : E.H.R.M., arrest *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* / Verenigd Koninkrijk van 28 mei 1985, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 94, p. 33-34, § 67.

ruime beleidsvrijheid genieten, vermits de medische wetenschap en het recht zich op dit vlak nog in een overgangsstadium bevinden.⁷⁵ Het Engelse stelsel van bevolkingsregistratie werd dan ook niet strijdig bevonden met artikel 8 E.V.R.M.⁷⁶

101. Het Hof baseerde zich vooral op de vaststelling dat in het Engelse recht het geboortenregister en de daarvan afgeleide geboorteakte niet de actuele identiteit weergeven, maar een momentopname zijn van historische feiten ten tijde van de geboorte.⁷⁷ Volgens het Straatsburgse Hof zou de aanpassing van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte van een transseksueel, het Verenigd Koninkrijk bijgevolg verplichten om de grondslag van zijn bevolkingsregisters ingrijpend te wijzigen.⁷⁸ Dergelijke hervorming werd niet verenigbaar geacht met het door het Verdrag vereiste redelijk evenwicht tussen de private belangen en het algemeen belang⁷⁹, te meer daar transseksuelen naar Engels recht in de meeste andere officiële documenten zonder formaliteiten hun naam, voornaam en geslachtsaanduiding kunnen laten veranderen.⁸⁰

Een beperkte wetswijziging waarbij enkel een kantmelding van de geslachtsverandering wordt ingevoerd, zou volgens de meerderheidsopvatting op zich dan weer niet volstaan om transseksuelen te vrijwaren tegen ongeoorloofde inbreuken op hun privé-leven.⁸¹ De geheimhouding van de geslachtsverandering zou slechts kunnen worden gegarandeerd mits gedetailleerde wettelijke maatregelen met betrekking tot de toegankelijkheid van de oorspronkelijke gegevens, wat eveneens een fundamentele omvorming van het bestaande stelsel zou vergen, met onaanvaardbare administratieve complicaties en een mogelijke aantasting van de rechtmatige belangen die derden kunnen hebben om deze informatie te

⁷⁵ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 15-16, § 37-38; cf. L. ZWAAK, noot onder E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *N.J.C.M.*, 1987, 557; R. LAWSON, *l.c.*, 567-568.

⁷⁶ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, p. 18-19.

⁷⁷ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, p. 10-11, § 21 en p. 16, § 40.

⁷⁸ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, p. 17, § 42.

⁷⁹ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, p. 15, § 37 en p. 17, § 42. Volgens het Hof zou het invoeren van een nieuw systeem van bevolkingsregistratie verstrekken administratieve gevolgen hebben en nieuwe lasten opleggen aan de rest van de bevolking.

⁸⁰ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, p. 10, § 19-20 en p. 16-17, § 40 en 42. Onder meer het rijbewijs en het paspoort kunnen volledig (naam, voornaam, geslachtsaanduiding, foto) worden aangepast aan de door de transseksueel gewenste identiteit. Aangezien het Engelse recht geen identiteitskaarten kent, worden deze documenten doorgaans ook aangewend ter identificatie van de houder ervan.

⁸¹ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, p. 17-18, § 42-44.

verkrijgen.⁸²

Het argument dat dergelijke kantmelding niet wezenlijk verschilt van de reeds bij wet vooropgestelde kantmeldingen ingeval van adoptie of wettiging van een kind, werd door het Hof van de hand gewezen op grond van de overweging dat deze aantekeningen, in tegenstelling tot de door Mark Rees gevraagde vermelding, noodzakelijk zijn opdat de geboortenregisters hun functie als authentiek bewijs van vastgestelde familiebanden zouden kunnen vervullen.⁸³ Deze redenering overtuigt echter niet.⁸⁴ De kantmelding van een geslachtswijziging draagt immers bij tot de functie die de geboortenregisters vervullen als gegevensbestand ten behoeve van verscheidene demografische statistieken. Daarenboven is dit opportuniteitsoordeel *in se* irrelevant, vermits het bestaan van kantmeldingen ingeval van adoptie of wettiging juist aantoonde dat de Engelse wetgeving reeds afwijkingen kent op het beginsel dat de inhoud van de geboorteakte slechts een weergave is van historische feiten.

102. Het Europese Hof wees in dit arrest van 1986 wel op het overgangskarakter van de precaire juridische situatie waarin transseksuelen zich ingevolge de onveranderlijkheid van hun geboorteakte bevonden, en benadrukte dat eventuele wetenschappelijke en sociale ontwikkelingen op het vlak van transseksualiteit de Verdragsstaten in de toekomst zouden kunnen verplichten tot het nemen van verdergaande wettelijke maatregelen.⁸⁵ Vooralsnog werd het echter aan de Verdragsstaten overgelaten om te bepalen in hoeverre zij konden tegemoet komen aan de overblijvende noden van transseksuelen.

103. De vraag rijst evenwel of een oplossing van deze noden daadwerkelijk een ingrijpende verandering van het Engelse stelsel van bevolkingsregistratie vereist. Zoals het Hof zelf

⁸² E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 18, § 43-44.

⁸³ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, p. 17-18, § 42.

⁸⁴ D. BINDSCHEDLER-ROBERT, C. RUSSO en J. GERSING, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 22.

⁸⁵ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, p. 18-19, § 47; P. VAN DIJK, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 205-206, § 2; G. COHEN-JONATHAN, *o.c.*, 374-375; E.A.A., noot onder E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *N.J.* 1987, nr. 954, p. 3247; W. GROSHEIDE, 'Transseksualiteit en de betrekkelijkheid van de rechtsvinding. Enkele opmerkingen over rechterlijke rechtsvinding door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, het Franse Cour de cassation en de Nederlandse Hoge Raad onder vigeur van art. 8 E.V.R.M.', in H. FRANKEN (ed.), *Drie treden. Over politiek, beleid en recht. Opstellen aangeboden aan Job de Ruiter ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, 358; M. LEVINET, 'La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme', (noot onder E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998), *Rev. tr. Dr. Hom.* 1999, 651; L. ZWAAK, noot onder E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *N.J.C.M.* 1987, 557.

toegeeft, doen de meeste problemen zich voor telkens een transseksueel een afschrift of een uittreksel van de geboorteakte dient voor te leggen.⁸⁶ Beide documenten vermelden immers het oorspronkelijke geslacht.

In hun *dissenting opinion* merken drie van de vijftien rechters terecht op dat een melding van de geslachtswijziging op de kant van de geboorteakte reeds zou volstaan om de belangrijkste nadelen van dit systeem te verhelpen, voor zover transseksuele mensen een uittreksel van hun geboorteakte zouden kunnen verkrijgen waarop alleen de nieuwe namen en de nieuwe geslachtsidentiteit worden vermeld.⁸⁷ Bijkomende wettelijke maatregelen om de geheimhouding van de oorspronkelijke gegevens te garanderen, lijken niet strikt noodzakelijk. Om de geboorteakte te kunnen raadplegen, dient men immers voorafgaandelijk op de hoogte te zijn van de naam waaronder de betrokken persoon oorspronkelijk werd geregistreerd en minstens bij benadering de geboorteplaats en -datum en het district van registratie te kennen.⁸⁸ Vermits naar Engels recht de namen en de voornamen zonder restricties en formaliteiten kunnen worden gewijzigd⁸⁹, zal vooral de eerstgenoemde voorwaarde een eenvoudige raadpleging van de registers verhinderen. Een partiële hervorming van de reglementering van de bevolkingsregisters, zoals voorgesteld door de "dissenters", lijkt bijgevolg niet van aard om het door het Europese Hof vereiste evenwicht tussen het algemeen belang en de belangen van het individu te verstoren.

104. De aan de Verdragsstaten toegekende beleidsvrijheid mag er overigens niet toe leiden dat het al dan niet juridisch bevestigen van de geslachtswijziging volledig wordt overgelaten aan de discretionaire bevoegdheid van de nationale overheid.⁹⁰ De geslachtsbeleving is een dermate gevoelig en intiem bestanddeel van de menselijke persoonlijkheid, dat slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden kan worden aanvaard dat het algemeen belang prevaleert op het individuele belang dat een transseksueel heeft bij de erkenning van zijn feitelijke

⁸⁶ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 16, § 40. Hoewel het voorleggen van een afschrift of een uitgifte van de geboorteakte door de Engelse wetgeving niet wordt vereist, blijken deze documenten in de praktijk veel gevraagd te worden bij sollicitaties voor privé- en overheidsbetrekkingen, het aangaan van verzekeringen en inschrijvingen aan de Universiteit. E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, p. 12, § 25 en p. 16, § 40.

⁸⁷ D. BINDSCHEDLER-ROBERT, C. RUSSO en J. GERSING, *Dissenting opinion* bij E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 21-22; D. BINDSCHEDLER-ROBERT en C. RUSSO, *Gezamenlijke gedeeltelijke dissenting opinion* bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 20; H. WILLEKENS, *o.c.*, 213.

⁸⁸ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, p. 11-12, § 24.

⁸⁹ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, p. 10, § 19.

⁹⁰ L. ZWAAK, noot onder E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, 554-555.

toestand.⁹¹ De weigering om de burgerlijke staat van een transseksueel aan te passen kan dan ook niet worden gerechtvaardigd door administratieve en budgettaire complicaties die deze aanpassing mogelijk met zich meebrengt.⁹²

Anderzijds moeten de Verdragsstaten wel worden vrijgelaten in de wijze waarop zij de nieuwe identiteit van post-operatieve transseksuelen erkennen.⁹³ De nationale overheid is niet verplicht om deze materie wettelijk te regelen⁹⁴ en geniet met betrekking tot de grondvoorwaarden voor het wijzigen van de geboorteakte, de gevolgen van de kantmelding en te volgen procedure, een zekere appreciatiemarge.⁹⁵⁻⁹⁶

B. De verdere ontwikkelingen op Europees vlak

1. De bevestiging van het Rees-arrest

105. De afwijzende houding van het Europese Hof plaatste de voormalige Commissie voor

⁹¹ Cf. S.K. MARTENS, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 24-25, § 2.7; H.G. SCHERMERS, 'Foreword', in E. HEINZE, *Sexual Orientation: A Human Right. An Essay on International Human Rights Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, vii-ix.

⁹² E.A.A., noot onder E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, nr. 954, p. 3247; P. ROLLAND en P. TAVERNIER, 'Chronique de jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme', *J.D.I.* 1987, 799; P. VAN DIJK en G. VAN HOOFF, *o.c.*, 417.

⁹³ R. BERNHARDT, THÓR VILHJÁSSON, A. SPIELMANN, E. PALM, L. WILDHABER, J. MAKARCZYK en M. VOICU, Gezamenlijke gedeeltelijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, 203; J. CASADEVALL, Gedeeltelijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports*, p. 204-205, § 3; J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, 57; zie R. LAWSON, *l.c.*, 570-571.

⁹⁴ L.-E. PETTITI, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 64; zie E.H.R.M., arrest X. en Y. / Nederland van 26 maart 1985, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 91, p. 12, § 24.

⁹⁵ D. BINDSCHIEDLER-ROBERT, C. RUSSO en J. GERSING, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 106, p. 21; S.K. MARTENS, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 29, § 3.6.5; P. VAN DIJK, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 208-209, § 6; L. ZWAAK, noot onder E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *N.J.C.M.* 1993, 81; cf. J. CASADEVALL, Gedeeltelijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports*, p. 205, § 4; E.C.R.M., nr. R 13343/87, 6 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 86, § 74.

⁹⁶ Voor een concrete toepassing van dit principe: E.C.R.M., nr. D 31177/96, 23 oktober 1997, *D.R.* nr. 91-A, 40. In deze zaak oordeelde de voormalige Europese Commissie dat de weigering van de Duitse rechtbanken tot juridische erkenning van de geslachtsidentiteit van een transseksueel die niet voldeed aan de grondvoorwaarden van § 8 TSG. geen schending inhield van artikel 8 E.V.R.M.

een dilemma. In afwachting van de uitspraak in de zaak-*Rees tegen het Verenigd Koninkrijk* had zij immers beslist om de behandeling van de klachten van drie andere transseksuelen op te schorten.⁹⁷ Aangezien alle nog aanhangige procedures gericht waren tegen het Verenigd Koninkrijk, zou een doorverwijzing naar het Hof leiden tot een versteviging van de *Rees*-doctrine. De meerderheid in de Europese Commissie opteerde daarom voor een terughoudende opstelling en oordeelde in de drie gevallen dat het verzoek geen nieuwe elementen opleverde waardoor een onderscheid kon worden gemaakt met de *Rees*-zaak.⁹⁸

In de zaak-*Cossey tegen het Verenigd Koninkrijk* stelde de Commissie echter vast dat het recht op huwelijk van de verzoekster was geschonden doordat zij in de onmogelijkheid verkeerde om te huwen met haar Italiaanse vriend. Bijgevolg werd deze zaak alsnog voorgelegd aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

106. Bij deze gelegenheid bevestigde het Straatsburgse Hof in 1990 zijn standpunt dat het Verenigd Koninkrijk niet kon worden verplicht om het Engelse systeem van bevolkingsregistratie te wijzigen.⁹⁹

Het Hof verwees naar het *Rees*-arrest en overwoog dat er zich sindsdien geen significante wetenschappelijke ontwikkelingen hadden voorgedaan die een afwijking van het in dat arrest ingenomen standpunt konden rechtvaardigen. Daarbij benadrukte het vooral dat een transseksueel onmogelijk alle biologische kenmerken van de andere sekse kon verwerven door het ondergaan van een geslachtsoperatie.¹⁰⁰ Op maatschappelijk vlak was er weliswaar een zekere evolutie merkbaar in de rechtssystemen van sommige Lidstaten van de Raad van Europa, doch deze ontwikkelingen gaven, volgens het Hof, nog steeds blijk van een gebrek aan een gemeenschappelijke rechtsopvatting.¹⁰¹

⁹⁷ E.H.R.M., arrest *Rees / Verenigd Koninkrijk* Public Hearings of 18 march 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, p. 74.

⁹⁸ E.C.R.M., nr. R 10622/83, 15 december 1988, *D.R.* nr. 61, p. 44-48, § 49-51; E.C.R.M., nr. R 11095/84, 7 maart 1989, *D.R.* nr. 63, p. 43-46, § 36-38; E.C.R.M., nr. R 10843/84, 9 mei 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 46-49, § 36-38. *Contra* F. ERMACORA, Dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 10622/83, 15 december 1988, *D.R.* nr. 61, p. 48; J.A. FROWEIN, bijgetreden door F. ERMACORA, A.S. GÖZÜBÜYÜK, C.L. ROZAKIS, H.G. SCHERMERS en G.H. THUNE, Dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 10843/84, 9 mei 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 52.

⁹⁹ E.H.R.M., arrest *Cossey / Verenigd Koninkrijk* van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 14-16, § 35-39.

¹⁰⁰ E.H.R.M., arrest *Cossey / Verenigd Koninkrijk* van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 16, § 40.

¹⁰¹ E.H.R.M., arrest *Cossey / Verenigd Koninkrijk* van 27 september 1990, *l.c.*, p. 16, § 40. De diversiteit in de praktijk van de verschillende Verdragsstaten werd naar de mening van het Hof onder meer aangetoond door de rapporten die voorafgingen aan de Resolutie van het Europees Parlement over de discriminatie van (wordt vervolgd...)

2. Naar een herziening van de ruime appreciatiemarge ?

107. Deze beslissing van het Straatsburgse Hof gaat evenwel voorbij aan het belang van een aantal markante maatschappelijke Europese tendenzen op het vlak van transseksualiteit. In zijn *dissenting opinion* bij het arrest, geeft rechter MARTENS onder meer aan dat het aantal Lidstaten van de Raad van Europa die de geslachtsbeleving van een post-operatieve transseksueel juridisch erkennen, sinds het *Rees*-arrest gevoelig is toegenomen.¹⁰²

Weliswaar bestaan er tussen de verschillende rechtssystemen onderling nog belangrijke verschillen met betrekking tot de grondvoorwaarden voor een juridische geslachtsverandering, de te volgen procedure en de precieze gevolgen van de wijziging.¹⁰³ Deze verscheidenheid doet evenwel geen afbreuk aan de groeiende consensus over het *principe* dat de staat van een post-operatieve transseksueel moet kunnen worden aangepast aan de sekse die hij als de zijne ervaart.¹⁰⁴

Dit beginsel wordt bovendien bevestigd door het Europese Parlement en door de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa.¹⁰⁵ Beide supranationale organen pleiten immers ondubbelzinnig voor het invoeren van wettelijke bepalingen die ingeval van bewezen transseksualiteit een voornaamswijziging en de wijziging van de geboorteakte en de identiteitsdocumenten moeten mogelijk maken.¹⁰⁶

transseksuelen en aan de Aanbeveling 1117 (1989) van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa.

¹⁰² S.K. MARTENS, *Dissenting opinion* bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 35, § 5.5; E. PALM, I. FOIGHEL en R. PEKKANEN, *Gezamenlijke dissenting opinion* bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 42-43, § 3; cf. R. MACDONALD en A. SPIELMANN, *Gezamenlijke gedeeltelijke dissenting opinion* bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 21, § 2.

¹⁰³ Verslag namens de Commissie verzoekschriften, *Zittingsdocumenten* Eur. Parl. 1989-90, Serie A, 19 juli 1989 - 1 september 1989, 9-13.

¹⁰⁴ S.K. MARTENS, *Dissenting opinion* bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *l.c.*, p. 36, § 5.6.2; F. RIGAUX, 'Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées', (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *Rev. tr. Dr. Hom.* 1998, 135.

¹⁰⁵ S.K. MARTENS, *Dissenting opinion* bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 36, § 5.5. Zie evenwel D. FELDMAN, *o.c.*, 506-508.

¹⁰⁶ Resolutie Eur. Parl. nr. A 3-16/89, 12 september 1989 over de discriminatie van transseksuelen, *PB. C.* 12 september 1989, afl. 256, p. 34, nr. 2; Recommendation Parl. Verg. 1117 (1989), 29 september 1989 on the condition of transsexuals, *Texts adopted by the assembly*, 1989-1990, september 1989; zie S.K. MARTENS, *Dissenting opinion* bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *l.c.*, p. 36, § 5.6.2.

108. De Europese krachtlijnen wijzen duidelijk op het ontstaan van een gemeenschappelijke rechtsopvatting inzake het beginsel van een verplichte formele erkenning van transseksualiteit.¹⁰⁷ Bij zijn interpretatie van artikel 8 E.V.R.M. in het licht van de hedendaagse omstandigheden, dient het Hof hiermee rekening te houden, zodat het niet langer kan volhouden dat de Verdragsstaten een ruime appreciatiemarge genieten met betrekking tot de identiteitswijziging van een post-operatieve transseksueel.¹⁰⁸ Zoals reeds hoger is geargumenteed, dient de beleidsvrijheid van de overheid te worden beperkt tot de precieze wijze waarop zij deze juridische geslachtstransformatie regelt.

§3. B. tegen Frankrijk (1992) : een gemiste kans

109. In de zaak-*B. tegen Frankrijk* verwees de verzoekster in haar middelen uitdrukkelijk naar de *dissenting opinion* van rechter MARTENS en vroeg het Europese Hof om te bepalen dat een Verdragsstaat artikel 8 E.V.R.M. schendt, indien hij het psychosociale geslachts criterium miskent.¹⁰⁹ Het Hof hield echter het been stijf en weigerde af te wijken van de *Rees*-doctrine.¹¹⁰ In de eerste plaats bestond er volgens het Hof nog onzekerheid over de essentiële aard van transseksualiteit en werd de geoorloofdheid van een chirurgische ingreep soms in vraag gesteld. Bovendien zou transseksualiteit aanleiding geven tot tal van complexe juridische vraagstukken, waarover nog onvoldoende consensus zou bestaan tussen de Lidstaten van de Raad van Europa.¹¹¹

Deze argumentatie voldoet echter niet. Het ontbreken van wetenschappelijke zekerheid over de oorzaak van transseksualiteit, neemt niet weg dat het bestaan van dit fenomeen algemeen wordt aanvaard en dat follow-up studies bijna unaniem aangeven dat de geslachtsaanpassende

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 29, § 3.6.4; E. PALM, I. FOIGHEL en R. PEKKANEN, *Dissenting opinion* bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *I.c.*, p. 43, § 3.

¹⁰⁸ S.K. MARTENS, *Dissenting opinion* bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *I.c.*, p. 36, § 5.6.2; R. MACDONALD en A. SPIELMANN, *Gezamenlijke gedeeltelijke dissenting opinion* bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 21, § 2; D. FELDMAN, *o.c.*, 507; cf. E. HEINZE, *o.c.*, 20; zie over de "concensustoets": L.R. HELFER, *I.c.*, 136-140.

¹⁰⁹ E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 48, § 45-46.

¹¹⁰ F. RIGAUX, 'Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées', (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *I.c.*, 134; J. MASSIP, 'Le transsexualisme: état de question', *Defrénois* 1992, I, 1015.

¹¹¹ E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 49, § 48; J.M. MORINELLA, *Dissenting opinion* bij E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 73, § 2.3-2.4.

behandeling in de meeste gevallen van transseksualiteit de aangewezen medische therapie is. Ook de complexiteit van de juridische problematiek mag geen excuus vormen om vast te houden aan de theorie van de ruime appreciatiemarge zoals die in het *Rees*-arrest wordt toegepast. De these van rechter MARTENS bestaat er precies in dat niet over *alle* facetten van de problematiek overeenstemming moet bestaan, om een algemeen beginsel van juridische erkenning van de nieuw verworven seksuele identiteit van een geopereerde transseksueel af te kondigen.¹¹²

110. Het Straatsburgse Hof kwam uiteindelijk toch tot de veroordeling van Frankrijk, zij het op grond van een hoogst betwistbare motivering.¹¹³ Net zoals de Commissie beperkte het Hof zich tot een vergelijkende analyse tussen het Engelse en het Franse rechtssysteem, waaruit het afleidde dat de zaak-*B. tegen Frankrijk* moest worden onderscheiden van de zaken-*Rees* en *Cossey tegen het Verenigd Koninkrijk*. Aangezien deze vergelijking op alle punten in het nadeel uitviel van het Franse recht, kwamen de Straatsburgse instanties tot het besluit dat Franse transseksuelen door de combinatie van de onderzochte factoren in een situatie werden geplaatst die, in haar geheel genomen, in strijd is met het recht op eerbiediging van het privé-leven.¹¹⁴

Het Hof benadrukte in de eerste plaats een verschilpunt van louter structurele aard. In tegenstelling tot het Engelse systeem van bevolkingsregistratie, dat volledig openbaar is, en louter *historische* gegevens vastlegt, zijn de Franse registers van de burgerlijke stand slechts beperkt toegankelijk, en geven zij de *actuele* identiteit weer van de personen waarop zij betrekking hebben. Bijgevolg vergt de aanpassing van de geboorteakte van een transseksueel aan de nieuwe levensfeitelijke in Frankrijk geen ingrijpende wettelijke maatregelen. Een wijziging van het standpunt van het Franse Hof van Cassatie zou volgens het Europese Hof volstaan om een kantmelding van de geslachtsverandering op de geboorteakte mogelijk te

¹¹² Cf. E. DECAUX en P. TAVERNIER, 'Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1992)', *J.D.I.* 1993, 722-723.

¹¹³ S.K. MARTENS, Separate opinion bij E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 77 : "Since I fully maintain the views expounded in my dissenting opinion in the Cossey case, I acclaim the Court's decision, but cannot subscribe to all its arguments. I do not think it necessary to say more."; E.A.A., noot onder E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *N.J.* 1995, nr. 679, p. 3366.

¹¹⁴ E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 53-54, § 63; E.C.R.M., nr. R 13343/87, 6 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 86, § 71-73; E.A.A., noot onder E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *N.J.* 1995, *l.c.*, nr. 679, p. 3366; F. RIGAUX, 'Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées', (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *l.c.*, 134; F. TERRÉ en D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Paris, Dalloz, 1996, nr. 151.

maken.¹¹⁵

Verder overwoog het Hof dat de juridische positie van Franse transseksuelen in verschillende opzichten minder gunstig is dan die van hun Engelse lotgenoten. Het Engelse rechtssysteem laat onder meer toe dat transseksuelen, net zoals ieder ander persoon, zonder formaliteiten een vrij gekozen voornaam aannemen. De Franse *Code civil* bepaalt daarentegen dat men geen andere voornaam mag dragen dan degene die is vermeld op de geboorteakte. Een voornamswijziging kan in Frankrijk slechts worden bekomen mits rechterlijke tussenkomst, waarbij een wettig belang moet worden aangetoond. Het Europese Hof stelde vast dat er zich nog geen gevestigde Franse jurisprudentie had ontwikkeld die transseksualiteit kwalificeert als een wettig belang voor een voornamswijziging.¹¹⁶ Daarnaast was de Engelse rechtspraak ook soepeler dan de Franse met betrekking tot de wijziging van de geslachtsvermelding in de officiële documenten. Vooral het intensieve gebruik van het I.N.S.E.E.-identificatienummer¹¹⁷ zou de sociale integratie van Franse transseksuelen sterk bemoeilijken.¹¹⁸

111. De veroordeling van Frankrijk is derhalve gebaseerd op de vaststelling dat het Franse rechtssysteem minder waarborgen biedt voor de bescherming van het privé-leven van transseksuelen dan het Engelse. Het Hof lijkt met andere woorden het Engelse rechtssysteem als een soort van maatstaf te nemen om de inhoud en de draagwijdte van de uit artikel 8 E.V.R.M. voortvloeiende verplichtingen te bepalen. Dit uitgangspunt is op zijn minst arbitrair¹¹⁹ en past niet in het kader van het Europese Verdrag, dat beoogt om op een aantal als fundamenteel ervaren domeinen gemeenschappelijke Europese maatstaven in het leven te

¹¹⁵ E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 50, § 52 en p. 51, § 55; cf. E.C.R.M., nr. R 13343/87, 6 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 85, § 65-68 en p. 85-86, § 70. Zie J.-P. MARGUÉNAUD, noot onder E.H.R.M., 25 maart 1992 (B. v. Frankrijk), *D.* 1993, *Jur.*, 105-106.

¹¹⁶ E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 52, § 58; zie ook E.C.R.M., nr. R 13343/87, 6 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 84, § 62-64.

¹¹⁷ Het Franse 'Institut national de la statistique et des études économiques' kent aan iedereen een identificatienummer toe. Het eerste cijfer van dit nummer duidt het geslacht van de betrokkene aan (respectievelijk 1 voor een man en 2 voor een vrouw). Van het I.N.S.E.E.-identificatienummer wordt vrij intensief gebruik gemaakt: het komt voor in het nationale identificatieregister van natuurlijke personen; het wordt aangewend door sociale zekerheidsinstellingen en verschijnt derhalve in briefwisseling en bestanden aangaande de bijdragen, alsmede op loonbriefjes. Zie E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 43, § 26 en p. 52, § 59.

¹¹⁸ E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 52, § 59 en p. 53, § 62; E.C.R.M., nr. R 13343/87, 6 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 85, § 69. Vergelijk met de situatie in Engeland, waar de geslachtsaanduiding in paspoort en rijbewijs kan worden gewijzigd: zie *supra*, nr. 101.

¹¹⁹ J.-P. MARGUÉNAUD, *l.c.*, 105; cf. D. FELDMAN, *o.c.*, 509; M. LEVINET, *l.c.*, 658.

roepen.¹²⁰⁻¹²¹

Een andere tekortkoming van het arrest bestaat erin dat het zich slechts vaag uitspreekt over de precieze inbreuk op het recht op eerbiediging van het privé-leven. Het Hof bekritiseert *stricto sensu* een globale situatie die ontstaat door de interactie van drie elementen waarin het Frans recht verschilt van het Engelse. Dit betekent dat elk van deze elementen op zichzelf genomen niet volstaat om tot de veroordeling te leiden¹²², zodat Frankrijk ook niet verplicht lijkt om zijn rechtssysteem op al deze punten aan te passen.¹²³ Gelet op de ruime appreciatiemarge die het Hof nog steeds aan de Verdragsstaten toekent, kan uit het arrest-*B. tegen Frankrijk* dan ook niet expliciet worden afgeleid dat de overheid ook verplicht is om de geboorteakte van een post-operatieve transseksueel te wijzigen, te meer daar dergelijke wijziging ook naar Engels recht niet mogelijk is.¹²⁴

112. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens legt in het arrest-*B. tegen Frankrijk* dan ook een te grote terughoudendheid aan de dag om van een echte “overruling” van de *Rees*-doctrine te kunnen spreken. In de huidige stand van de Europese jurisprudentie dient de nationale overheid er immers alleen maar zorg voor te dragen dat de transseksueel een voornaam kan aannemen die past bij zijn nieuwe uiterlijk¹²⁵⁻¹²⁶ en hem te voorzien van

¹²⁰ Dit blijkt reeds uit de preambule van het Verdrag : “Overwegende dat het doel van de Raad van Europa is het bereiken van een nauwere eenheid tussen zijn Leden, en dat een van de middelen om dit doel te bereiken, ligt in de handhaving en verdere verwezenlijking van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden”. Cf. E.H.R.M., arrest *Sunday Times / Verenigd Koninkrijk* van 26 april 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 30, p. 37, § 61 : “[...] the main purpose of the Convention is «to lay down certain international standards to be observed by the Contracting States in their relations with persons under their jurisdiction.»”; G. COHEN-JONATHAN, *o.c.*, 10; J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, 42-43.

¹²¹ S.K. MARTENS, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest *Cossey / Verenigd Koninkrijk* van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 37, § 5.6.3; F. RIGAUX, ‘Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l’homme : une suite d’occasions manquées’, (noot onder E.H.R.M., arrest *X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk* van 22 april 1997), *l.c.*, 139-140; D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit: la justice face au transsexualisme*, Parijs, P.U.F., 1994, 80-81; L. ZWAAK, noot onder E.H.R.M., arrest *Rees / Verenigd Koninkrijk* van 17 oktober 1986, *N.J.C.M.* 1987, 555.

¹²² J.-P. MARGUÉNAUD, *l.c.*, 106; cf. E. DECAUX en P. TAVERNIER ‘Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme (année 1992)’, *l.c.*, 722-723.

¹²³ J.-P. MARGUÉNAUD, *l.c.*, 107; cf. C. LOMBOIS, ‘La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l’homme’, *D.* 1992, Chron., 326.

¹²⁴ P. DE HERT, *o.c.*, nr. 139; Cf. E. HEINZE, *l.c.*, 101; J.-P. MARGUÉNAUD, *l.c.*, 107.

¹²⁵ E.H.R.M., arrest *B. / Frankrijk* van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 52, § 58; cf. J.C. GEUS, bijgetreden door C.L. ROZAKIS, S. TRECHSEL, G. GÖZÜBÜYÜK, A. WEITZEL, F. MARTINEZ, L. LOUCAIDES, M.A. NOWICKI, B. CONFORTI, I. BÉKÉS en D. ŠVÁBY, Dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 22500/93, 12 april 1995, onuitg.; J. DUPLAT, concl. onder *Versailles* 13 mei 1993, *Gaz. Pal.* 1994, 12.

¹²⁶ Dit wordt impliciet bevestigd door de zaak-*Lassauzet & Guillot tegen Frankrijk*. Uit het rapport dat de Europese Commissie in deze zaak uitbracht, kan men afleiden dat zowel het individuele als het maatschappelijke (wordt vervolgd...)

identiteitsdocumenten die met deze nieuwe gegevens overeenstemmen. Uit het arrest moet wel de bijkomende verplichting worden afgeleid dat de nationale overheid de keuze van de transseksueel niet mag beperken tot een neutrale, *id est* niet geslachtsgebonden voornaam.¹²⁷

Het contrast met het aanvankelijk door de voormalige Europese Commissie ingenomen standpunt¹²⁸, valt onmiddellijk op. In tegenstelling tot de Commissie in de zaken *Van Oosterwijk tegen België* en *Rees tegen het Verenigd Koninkrijk*, erkent het Hof niet dat elke persoon overeenkomstig zijn of haar gender moet kunnen leven, en legt het de Verdragsstaten geen positieve verplichting op om de geboorteakte van een post-operatieve transseksueel aan te passen.¹²⁹

§4. De zaak D.N. tegen Frankrijk (1995)

113. In een gelijkaardige zaak tegen Frankrijk volgde de voormalige Europese Commissie nauwgezet de krijtlijnen die door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest-*B. tegen Frankrijk* waren uitgezet.¹³⁰⁻¹³¹ Hoewel de vergelijking met het Engelse systeem niet meer uitdrukkelijk werd gemaakt, onderzocht de Commissie de situatie van de verzoeker aan de hand van de vergelijkingspunten die door het Hof in de zaak-*B. tegen Frankrijk* werden gehanteerd.¹³² Op basis van deze feitelijke analyse besloot de Commissie dat ook D.N. zich dagelijks in een bevindt in een situatie die globaal genomen onverenigbaar is met het recht op eerbiediging van het privé-leven.

114. Over de mogelijkheid tot wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte bleef

belang vereisen dat niemand verplicht kan worden gedurende zijn ganse leven een belachelijk klinkende, misplaatste of onbegrijpelijke voornaam te dragen : E.C.R.M., nr. R 22500/93, 12 april 1995, onuitg., § 40.

¹²⁷ Zie nochtans : E.H.R.M., arrest Guillot / Frankrijk van 24 oktober 1996, *R.J.D.* 1996, V, p. 1603-1604, § 27; E.C.R.M., nr. R 22500/93, 12 april 1995, onuitg., § 43.

¹²⁸ Zie *supra*, nrs. 92-94.

¹²⁹ D.J. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK, *o.c.*, 325; J. KINGSTON, 'Sex and Sexuality under the European Convention on Human Rights', in L. HEFFERNAN (ed.), *Human rights. A European perspective*, Dublin, The Round Hall Press, 1994, 192.

¹³⁰ E.C.R.M., nr. R 17557/90, 11 januari 1995, onuitg.

¹³¹ In een andere zaak tegen Frankrijk heeft de verzoeker afstand gedaan van zijn klacht op grond van artikel 8 E.V.R.M., mogelijk ingevolge de gewijzigde houding van het Franse Hof van Cassatie: E.C.R.M., nr. D 17558/90, 31 maart 1993, onuitg. Dominique N. is daarentegen van oordeel dat de ommekeer in de jurisprudentie van het Franse hoogste gerechtshof het geleden nadeel niet ongedaan maakt. Zijn klacht wordt door de Commissie op 30 juni 1993 ontvankelijk verklaard : E.C.R.M., nr. D 17557/90, 30 juni 1993, onuitg.

¹³² E.C.R.M., nr. R 17557/90, 11 januari 1995, onuitg., § 40.

de Commissie echter bijzonder vaag. Haar argumentatie beperkte zich tot de vaststelling dat de situatie van D.N. vergelijkbaar was met die van B. vermits beide personen post-operatieve transseksuelen zijn.¹³³ Vervolgens herhaalde de Commissie de stelling van het Europese Hof dat in dergelijk geval in het Franse recht niets verhinderde dat een rechterlijke beslissing zou bevelen dat de nieuwe levensfeitelijkheid wordt weergegeven in de geboorteakte van de betrokkene bij wijze van kantmelding.¹³⁴

De Europese Commissie bewaarde merkwaardig genoeg het stilzwijgen over de weerslag van de gewijzigde houding van het Franse Hof van Cassatie op de situatie van de Franse transseksuelen. Zij beperkte zich in dit verband tot de vrij laconieke overweging dat de door de Franse regering opgeworpen verweermiddelen dateren van vóór de ommekeer in de jurisprudentie van de hoogste Franse civiele rechtsinstantie.

115. Wat de voornaam van de verzoeker betreft, was de voormalige Europese Commissie van oordeel dat de zaak-*D.N. tegen Frankrijk* niet kon worden vergeleken met de zaak-*B. tegen Frankrijk*. De neutrale voornaam Dominique brengt de tegenstelling tussen het uiterlijk en de officiële kunne niet aan het licht, zodat er zich op dit vlak geen bijzondere problemen voordeden op het vlak van de bescherming van het privé-leven.¹³⁵ De stelling van de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens lijkt bijgevolg af te wijken van de mening van het Straatsburgse Hof, in de mate dat de Commissie niet vereiste dat een post-operatieve transseksueel een geslachtsgebonden voornaam moet worden toegekend.

116. De nadelen die D.N. in het dagelijks leven ondervond ingevolge de onaangepaste administratieve documenten, vormen uiteindelijk het doorslaggevende element dat leidde tot de veroordeling van Frankrijk.

Het valt daarbij op dat de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens naast het privé-leven in de strikte zin van het woord, tevens de professionele activiteiten van D.N. in haar analyse betreft. De Commissie benadrukte dat *in casu* de beroepsactiviteiten van de verzoeker zeer nauw verbonden zijn met diens privé-leven *sensu stricto*.¹³⁶ Door de weigering van de Orde der Geneesheren om D.N. als man in te schrijven op het tableau, werden immers

¹³³ E.C.R.M., nr. R 17557/90, 11 januari 1995, onuitg., § 43-44.

¹³⁴ E.C.R.M., nr. R 17557/90, 11 januari 1995, onuitg., § 45.

¹³⁵ E.C.R.M., nr. R 17557/90, 11 januari 1995, onuitg., § 52.

¹³⁶ E.C.R.M., nr. R 17557/90, 11 januari 1995, onuitg., § 54.

gegevens die behoren tot diens privé-leven verspreid onder zijn vakgenoten.¹³⁷

Daarnaast hechte de Europese Commissie vooral belang aan de door Frankrijk afgeleverde paspoorten die de kunne vermelden zoals die is opgenomen in de geboorteakte. Met betrekking tot het I.N.S.E.E.-nummer leek de Commissie daarentegen van oordeel te zijn dat de mogelijkheid die *de facto* werd geboden om het cijfer te wijzigen in het cijfer dat het gewijzigde geslacht van de betrokkene weergaf, volstond in het licht van artikel 8 E.V.R.M.

117. De vage motivering van het rapport van de Europese Commissie in de zaak-*D.N. tegen Frankrijk* draagt allerm minst bij tot de verheldering van de Straatsburgse jurisprudentie. Andermaal is de veroordeling van Frankrijk gebaseerd op een amalgaam van feitelijke gegevens, zonder dat een duidelijke stelling wordt ingenomen met betrekking tot de juridische erkenning van de geslachtsidentiteit. Met een uitdrukkelijke verwijzing naar het rapport van de Europese Commissie in de zaak-*Van Oosterwijck tegen België*, stelt D.N. nochtans in één van zijn oorspronkelijke grieven dat de weigering van de Franse overheid om zijn geslachtsidentiteit juridisch te erkennen, een aantasting uitmaakt van de essentie van het recht op bescherming van het privé-leven.¹³⁸ In de loop van de procedure is deze grief echter op geen enkel ogenblik ten gronde behandeld.

§5. De overruling van de Rees-doctrine door de Europese Commissie: de zaken Kristina Sheffield en Rachel Horsham tegen het Verenigd Koninkrijk (1997)

118. Inmiddels waren op 4 augustus 1993 bij de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens twee nieuwe zaken tegen het Verenigd Koninkrijk aanhangig gemaakt met betrekking tot het recht op eerbiediging van het privé-leven van transseksuelen. In beide gevallen zijn de verzoeksters post-operatieve man-naar-vrouw-transseksuelen van Britse nationaliteit die zich beklagen over de weigering van het Verenigd Koninkrijk om hun geslachtswijziging juridisch te erkennen.¹³⁹

De zaak-*Rachel Horsham tegen het Verenigd Koninkrijk* vertoont daarenboven het bijzondere aspect dat de verzoekster in deze zaak, overeenkomstig de Nederlandse wetgeving¹⁴⁰, een

¹³⁷ E.C.R.M., nr. R 17557/90, 11 januari 1995, onuitg., § 63.

¹³⁸ Zie E.C.R.M., nr. D 17557/90, 30 juni 1993, onuitg.

¹³⁹ E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 20-21; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 20-22.

¹⁴⁰ Zie *infra*, nrs. 599-641.

wijziging had bekomen van de vermelding van de kunne in haar geboorteakte, nadat deze akte was ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand te 's-Gravenhage.¹⁴¹ De Britse overheid weigerde evenwel om de oorspronkelijke geboorteakte van mevrouw *Horsham* in overeenstemming te brengen met diens gewijzigde sekse.

119. De Europese Commissie onderzocht in beide gevallen of een daadwerkelijke eerbiediging van het privé-leven van een post-operatieve transseksueel aan het Verenigd Koninkrijk een positieve verplichting oplegt om de bestaande rechtsregels met betrekking tot de staat van de persoon aan te passen.¹⁴² De Commissie herhaalde dat bij de beoordeling van het bestaan en de omvang van dergelijke positieve verplichting een redelijk evenwicht moet worden nagestreefd tussen het algemeen belang en de individuele belangen.¹⁴³

120. Met betrekking tot de individuele belangen van de verzoeksters, stelde de Commissie in de eerste plaats dat Britse post-operatieve transseksuelen een beter juridisch statuut hebben dan hun Franse lotgenoten. Vermits Britse transseksuelen vrij eenvoudig hun voornaam en de belangrijkste identiteitsdocumenten kunnen aanpassen aan hun gewijzigde fysieke geslachtskenmerken, staan zij niet bloot aan dagelijkse vernederingen en ongemakken.¹⁴⁴ Dit gold in het bijzonder voor Rachel Horsham, die in Nederland een wijziging van de geslachtsaanduiding in haar geboorteakte had bekomen.

Niettemin blijven transseksuelen in het Verenigd Koninkrijk ook na het ondergaan van de geslachtsaanpassende behandeling juridisch nog steeds behoren tot hun oorspronkelijke kunne¹⁴⁵, zelfs indien zij, zoals Rachel Horsham, in het buitenland een juridische geslachtsverandering hebben bekomen. Het Verenigd Koninkrijk weigert immers een vreemde uitspraak te erkennen die de vordering tot wijziging van de vermelding van de kunne toestaat.¹⁴⁶ Bijgevolg worden bij de toepassing van sekse-relevante rechtsregels, zoals de pensioenleeftijd, de regels gehanteerd die betrekking hebben op de kunne die de transseksueel

¹⁴¹ E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 23.

¹⁴² E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 41; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 42.

¹⁴³ E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 41; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 42.

¹⁴⁴ E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 46; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 47.

¹⁴⁵ E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 46; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 47.

¹⁴⁶ Zie E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 47.

bij de geboorte had. Tevens moeten transseksuelen in het Verenigd Koninkrijk hun vroegere geslacht onthullen, telkens hen voor juridische doeleinden gevraagd wordt hun sekse op te geven. Het verzwijgen van de geslachtstransformatie kan leiden tot strafvervolgning of tot ontbinding van door de betrokkenen aangegane overeenkomsten.

De Europese Commissie was derhalve terecht van oordeel dat de verzoeksters een reëel en voortdurend risico lopen om storende en kwetsende vragen te moeten beantwoorden en om pijnlijke onthullingen te moeten doen.¹⁴⁷ Hoewel zij kunnen trachten om dergelijke situaties zoveel mogelijk te vermijden, beperkt dit hun mogelijkheden om sociale relaties te ontwikkelen en te behouden. Overigens kan het loutere bestaan van een geheel van rechtsregels betreffende een belangrijk element van de identiteit van een persoon *eo ipso* reeds een schending uitmaken van de rechten die worden gewaarborgd door het E.V.R.M., zelfs indien de betrokkene hiervan geen onmiddellijke of directe nadelige gevolgen ondervindt.¹⁴⁸

121. Tegenover deze individuele belangen van de transseksueel moet het algemeen belang van de maatschappij worden afgewogen. De door de Britse regering opgeworpen klassieke bezwaren¹⁴⁹ tegen een verandering van het bestaande systeem van de geboorteregistratie, werden door de Europese Commissie echter afgewezen.¹⁵⁰

Volgens de Commissie waren er geen aanwijzingen voorhanden dat een wijziging van deze reglementering zou leiden tot een grootschalige toename van het aantal door transseksuelen geformuleerde verzoeken tot aanpassing van de geboorteakte. Tevens verwierp de Commissie het argument dat latere feitelijke of juridische veranderingen niet kunnen worden weergegeven in een systeem waarin de geboortenregisters een historische weergave zijn van feiten die ten tijde van de geboorte zijn opgetekend. De Commissie was terecht van oordeel dat de door transseksuelen gevraagde aanvulling vergelijkbaar is met de reeds bij wet voorziene kantmelding van een adoptie, en gaat op deze wijze in tegen het standpunt dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens ter zake in het arrest-*Rees tegen het Verenigd Koninkrijk* heeft ingenomen.¹⁵¹ Met betrekking tot de vermeende problemen in verband met de

¹⁴⁷ E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 47; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 48.

¹⁴⁸ Zie ook E.H.R.M., arrest Dudgeon / Verenigd Koninkrijk van 22 oktober 1981, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 45, p. 18, § 41.

¹⁴⁹ Zie *supra* nr. 99.

¹⁵⁰ E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 49; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 50.

¹⁵¹ Zie *supra*, nr. 101.

geheimhouding van de kantmelding van de geslachtsverandering, merkte de Commissie op dat transseksuelen niet zozeer vragen dat hun geboorteakte met terugwerkende kracht wordt verbeterd, maar wel dat zij vanaf het moment van de geslachtsverandering *de jure* worden beschouwd als leden van hun “nieuwe” kunne. De huidige organisatie van de Engelse geboortenregisters beperkt reeds in belangrijke mate de mogelijkheden van derden om kennis nemen van de geboorteakte van een post-operatieve transseksueel.¹⁵² De vrees dat derden de geslachtstransformatie ontdekken via inzage in de geboortenregisters, maakt dan ook niet het voorwerp uit van de klachten van de verzoeksters.

122. De aanpassing van de geboorteakte was naar het oordeel van de Commissie overigens slechts een secundair aspect van de zaak.¹⁵³ De essentie van de problematiek is het ontbreken van juridische erkenning van de geslachtsverandering, wat voortvloeit uit het beginsel dat het geslacht naar Engels recht definitief wordt vastgelegd aan de hand van de uiterlijk waarneembare kenmerken ten tijde van de geboorte. De Commissie meende dan ook dat dergelijke erkenning mogelijk moet zijn, zonder dat daarom noodzakelijk afbreuk moet worden gedaan aan het historisch karakter van de geboortenregisters. Aangezien de administratieve praktijk in het Verenigd Koninkrijk reeds toelaat dat documenten zoals een paspoort en een rijbewijs worden aangepast aan de gewijzigde uiterlijke sekse, is het immers niet duidelijk waarom transseksuelen zouden verplicht zijn om bij andere officiële en contractuele aangelegenheden hun oorspronkelijke kunne op te geven.

123. De Europese Commissie erkende evenwel dat eveneens rekening moet worden gehouden met de rechtmatige belangen van het Verenigd Koninkrijk, vermits het invoeren van de mogelijkheid om de staat van de persoon van een transseksueel aan te passen aan de maatschappelijk beleefde sekse een wijziging van de bestaande juridische praktijk vereist.¹⁵⁴ Bijgevolg diende de Commissie na te gaan of dergelijke wetswijziging verenigbaar is met de beleidsvrijheid die aan de Verdragsstaten inzake transseksualiteit wordt toegekend.

Het uitgangspunt van dit onderzoek was de stelling van het Europese Hof dat de Verdragsstaten desbetreffend een ruime beoordelingsvrijheid genieten, gelet op het ontbreken van een gemeenschappelijke benadering van het fenomeen transseksualiteit.¹⁵⁵ De Commissie

¹⁵² Zie *supra*, nr. 103.

¹⁵³ E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 50; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 51.

¹⁵⁴ E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 51; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 52.

¹⁵⁵ E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 42-45 en 51; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari (wordt vervolgd...)

benadrukte echter dat het Hof zelf had aangegeven dat deze zienswijze slechts een overgangskarakter heeft¹⁵⁶, en toonde op overtuigende wijze aan dat de *Rees*-doctrine thans moet worden herzien, gelet op de juridische en wetenschappelijke ontwikkelingen die zich inmiddels hebben voorgedaan op het vlak van transseksualiteit.

124. Een eerste aanzet tot dit nieuwe inzicht van de voormalige Europese Commissie was reeds terug te vinden in haar rapport in de zaak-*X., Y. en Z. tegen het Verenigd Koninkrijk*. In deze zaak met betrekking tot het recht op gezinsleven van een post-operatieve vrouw-naar-man-transseksueel¹⁵⁷, stelde de Commissie voor de eerste maal vast dat er in de Verdragsstaten een duidelijke tendens kon worden waargenomen naar juridische erkenning van de geslachtstransformatie.¹⁵⁸ De Commissie leidde dit af uit het bestaan van bijzondere wetgeving in Duitsland, Italië, Nederland, Zweden en Turkije, alsmede uit de jurisprudentiële praktijk in België en de Aanbeveling 1117 (1989) van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa betreffende de toestand van transseksuelen.¹⁵⁹ In haar rapporten inzake *Kristina Sheffield* en *Rachel Horsham tegen het Verenigd Koninkrijk* bevestigde de Commissie het bestaan van deze onmiskenbare ontwikkeling, waarbij zij tevens verwees naar een groeiend aantal andere Verdragsstaten¹⁶⁰ wier rechtssysteem de wijziging van de kunne eveneens mogelijk maakt.¹⁶¹

Daarenboven nam de Europese Commissie akte van een belangrijke en recente ontwikkeling in het recht van de Europese Unie. Op 30 april 1996 besliste het Europese Hof van Justitie namelijk dat artikel 5 lid 1 van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, zich er tegen verzet dat een transseksueel wordt ontslagen op een grond verband houdend met zijn geslachtsverandering,

1997, onuitg., § 43-46 en 52.

¹⁵⁶ E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 43; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 44.

¹⁵⁷ Zie *infra*, nrs. 135-155.

¹⁵⁸ E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 8, § 67.

¹⁵⁹ E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 8, § 67.

¹⁶⁰ Denemarken, Frankrijk, Spanje, Portugal, Oostenrijk, Zwitserland en Roemenië.

¹⁶¹ E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 52; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 53.

gelet op de doelstelling van die richtlijn.¹⁶² Hoewel de draagwijdte van dit arrest in beginsel beperkt blijft tot het arbeidsrecht, was de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens terecht¹⁶³ van oordeel dat deze beslissing van het Europese Hof van Justitie een gezaghebbende erkenning vormt van het recht van transseksuelen op eerbiediging van hun waardigheid en vrijheid.¹⁶⁴

Het Hof van Justitie overwoog immers dat de discriminatie van een transseksueel, berustend op diens geslachtsverandering, voornamelijk, zo niet uitsluitend gebaseerd is op het geslacht van de betrokkene. Indien iemand wordt ontslagen op grond van de geslachtstransformatie die hij/zij wenst te ondergaan of heeft ondergaan, wordt deze persoon immers slechter behandeld dan degenen die behoren tot het geslacht waartoe hij/zij vóór de chirurgische ingreep geacht werd te behoren.¹⁶⁵ Het recht om niet te worden gediscrimineerd op grond van zijn geslacht, en bijgevolg ook het recht om niet te worden gediscrimineerd omwille van zijn geslachtswijziging, behoorde volgens het Hof van Justitie tot de fundamentele rechten van de mens, waarvan het Hof de eerbiediging dient te verzekeren.¹⁶⁶ Het Hof van Justitie stelde dan ook uitdrukkelijk dat het gedogen van een discriminatie op grond van de geslachtsbeleving afbreuk zou doen aan het respect voor de waardigheid en de vrijheid, waarop de betrokkene recht heeft en dat het Hof dient te beschermen.¹⁶⁷

Het Hof van Justitie volgde hiermee de conclusie van advocaat-generaal TESAURO¹⁶⁸, wiens opvatting precies gebaseerd is op de wetenschappelijke vooruitgang en de maatschappelijke veranderingen op het gebied van transseksualiteit¹⁶⁹, alsmede op een duidelijk waarneembare tendens naar steeds bredere juridische erkenning van transseksualiteit in de Lidstaten van de Gemeenschap, zowel door wetgeving als door rechtspraak.¹⁷⁰ Advocaat-generaal TESAURO stelde bovendien uitdrukkelijk in zijn conclusie dat transseksuelen geen derde sekse vormen,

¹⁶² H.v.J. 30 april 1996, nr. C-13/94, *Jur. H.v.J.* 1996, I, 2143, concl. G. TESAURO.

¹⁶³ Zie G.J.J. HEERMA VAN VOSS, noot onder H.v.J. 30 april 1996, nr. C-13/94, *N.J.C.M.* 1997, 285-286.

¹⁶⁴ E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 52; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 53.

¹⁶⁵ H.v.J. 30 april 1996, nr. C-13/94, *Jur. H.v.J.* 1996, I, 2165, § 20.

¹⁶⁶ H.v.J. 30 april 1996, nr. C-13/94, *Jur. H.v.J.* 1996, I, 2165, § 19.

¹⁶⁷ H.v.J. 30 april 1996, nr. C-13/94, *Jur. H.v.J.* 1996, I, 2165, § 22.

¹⁶⁸ G. TESAURO, concl. onder H.v.J. 30 april 1996, nr. C-13/94, *Jur. H.v.J.* 1996, I, 2149, nr. 18-20.

¹⁶⁹ G. TESAURO, concl. onder H.v.J. 30 april 1996, nr. C-13/94, *Jur. H.v.J.* 1996, I, 2149, nr. 24.

¹⁷⁰ G. TESAURO, concl. onder H.v.J. 30 april 1996, nr. C-13/94, *Jur. H.v.J.* 1996, I, 2149, nr. 10-13 en nr. 22.

zodat zij “eveneens rekening houdend met de [...] *erkenning van hun recht op een seksuele identiteit*”¹⁷¹ principieel onder het toepassingsgebied van de richtlijn 76/207/EEG vallen.¹⁷²

125. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens ging in de zaken-*Horsham* en *Sheffield* ook in op de medische en wetenschappelijke ontwikkelingen op het vlak van transseksualiteit.¹⁷³ Beide verzoeksters verwezen immers naar recente onderzoeksresultaten die aangeven dat de structuur van bepaalde celkernen in de hersenen van man-naar-vrouw-transseksuelen vergelijkbaar is met de structuur die deze celkernen vertonen bij biologische vrouwen.¹⁷⁴

Terecht merkte de Commissie op dat deze bevindingen nog verdere wetenschappelijke bevestiging behoeven, zodat het onderzoek naar de etiologie van transseksualiteit geenszins als afgerond kan worden beschouwd. Volgens de Europese Commissie moest echter meer belang worden gehecht aan de eensgezindheid die er in de medische wereld bestaat over de kwalificatie van transseksualiteit als een genderidentiteitsprobleem, alsmede aan de in de medische wetenschap algemeen aanvaarde opvatting dat de geslachtsaanpassende behandeling een ethisch toelaatbare behandelingswijze is, die vanuit therapeutisch oogpunt de meest aangewezen medische respons vormt in gevallen van extreme gender-dysforie.

Met deze overwegingen maakte de Commissie komaf met het standpunt dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest-*B. tegen Frankrijk* heeft ingenomen met betrekking tot de medische ontwikkelingen.¹⁷⁵ In de huidige stand van de medische wetenschap kan er immers bezwaarlijk nog discussie bestaan omtrent de aard en de behandeling van transseksualiteit. Het feit dat de oorzaak van transseksualiteit nog niet precies gekend is, doet geen afbreuk aan de algemene consensus omtrent de kwalificatie en de behandeling ervan.

126. Op grond van deze overwegingen besloot de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens dat de door het Verenigd Koninkrijk geopperde bezwaren niet voldoende opwegen tegen de individuele belangen van de verzoeksters. Bijgevolg werd geoordeeld dat het Verenigd Koninkrijk het recht op eerbiediging van het privé-leven van post-operatieve

¹⁷¹ Cursivering toegevoegd door mij, K.U.

¹⁷² G. TESAURO, concl. onder H.v.J. 30 april 1996, nr. C-13/94, *Jur. H.v.J.* 1996, I, 2149, nr. 22.

¹⁷³ E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 53; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 54.

¹⁷⁴ Zie over deze onderzoekshypothese *supra*, nrs. 67-68.

¹⁷⁵ *Supra*, nr. 109.

transseksuelen miskent.¹⁷⁶

§6. Het arrest-Sheffield en Horsham : een dubbeltje op zijn kant ?

127. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens weigerde echter andermaal om af te wijken van zijn vroegere jurisprudentie. Ter motivering van dit standpunt herhaalde het Hof in wezen de argumentatie die het reeds had ontwikkeld in de zaak-*B. tegen Frankrijk*.¹⁷⁷

In de eerste plaats was het Europese Hof van oordeel dat de verzoeksters niet aantoonde dat er zich sinds het *Cossey*-arrest nieuwe medische inzichten hadden ontwikkeld die de onzekerheid omtrent de oorzaken van transseksualiteit definitief wegnemen.¹⁷⁸ Het recente onderzoek met betrekking tot de hersenstructuur van transseksuelen genoot volgens het Hof immers nog geen algemene bijval in de medische wereld. Bovendien verwierf een transseksueel door het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling nog steeds niet alle biologische kenmerken van het andere geslacht.¹⁷⁹ Het Hof was evenmin overtuigd van het bestaan van een gemeenschappelijke Europese aanpak van de problemen die ontstaan ten gevolge van de juridische erkenning van de geslachtswijziging, zoals de mogelijkheid om een huwelijk te sluiten, het afstammingsrecht en de bescherming van de privacy.¹⁸⁰

Bijgevolg blijven de Verdragsstaten volgens het Hof een ruime beoordelingsvrijheid genieten, vermits transseksualiteit nog steeds aanleiding geeft tot complexe wetenschappelijke, ethische en sociale vraagstukken, waaromtrent er tussen de Verdragsstaten geen algemeen aanvaarde opvatting bestaat.¹⁸¹ Het feit dat verzoeksters - en in het algemeen transseksuelen in het Verenigd Koninkrijk - bij bepaalde administratieve aangelegenheden¹⁸² hun oorspronkelijke kunne moeten onthullen, veroorzaakte naar de mening van het Europese Hof een onvoldoende

¹⁷⁶ E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 54; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 55.

¹⁷⁷ Dit wordt zelfs uitdrukkelijk gesteld in § 55 van het arrest : E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 192, § 55.

¹⁷⁸ E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *l.c.*, p. 192, § 56.

¹⁷⁹ E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 192, § 56.

¹⁸⁰ E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *l.c.*, p. 192, § 57.

¹⁸¹ E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *l.c.*, p. 193, § 58.

¹⁸² Bv. het afsluiten van een levensverzekering, gerechtelijke procedures en het sluiten van bepaalde overeenkomsten.

ernstig nadeel om deze ruime appreciatiemarge ter zijde te stellen.¹⁸³ Dergelijke situaties zouden bovendien te weinig voorkomen om te besluiten tot een disproportionele inbreuk op het recht op eerbiediging van het privé-leven van transseksuele personen. Tenslotte wees het Straatsburgse Hof erop dat het Verenigd Koninkrijk toelaat dat post-operatieve transseksuelen rijbewijzen, paspoorten en andere officiële documenten verkrijgen, waarop hun nieuwe voornaam en sekse voorkomt.

128. Op grond van deze overwegingen besluit het Hof dat artikel 8 E.V.R.M. niet is geschonden door de weigering van het Verenigd Koninkrijk om de geslachtstransformatie juridisch te erkennen.¹⁸⁴ Deze beslissing, evenals de overwegingen die er aan ten grondslag liggen, zijn evenwel voor ernstige kritiek vatbaar.

129. Vooreerst miskent het Hof met zijn uitspraak de medische praktijk inzake de behandeling van transseksuelen in Europa. Tot de essentie van de medische benadering van transseksualiteit behoren immers de omschrijving van transseksualiteit als een genderidentiteitsprobleem, het stellen van de diagnose en de verbetering van de levenssituatie van de transseksueel. Over deze elementen bestaat er precies eensgezindheid in de medische wereld.¹⁸⁵

Het hanteren van algemeen aanvaarde classificatiesystemen zoals DSM-IV en ICD-10 leidt tot een vrij eenvormige benadering inzake de kwalificatie en de diagnose van transseksualiteit. Wetenschappelijk onderzoek heeft bovendien aangetoond dat met het toepassen van de geslachtsaanpassende behandeling in de meeste gevallen een algemene verbetering van levenskwaliteit van de transseksueel wordt bereikt. Men kan dan ook niet langer ontkennen dat er in de medische wereld voldoende eensgezindheid bestaat over de essentie van het fenomeen transseksualiteit.¹⁸⁶ De onzekerheid omtrent de oorzaken van transseksualiteit, en het feit dat een post-operatieve transseksueel in de huidige stand van de wetenschap nooit alle biologische kenmerken van het andere geslacht kan verwerven, doen hieraan geen afbreuk.¹⁸⁷

¹⁸³ E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *l.c.*, p. 193, § 59.

¹⁸⁴ E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *l.c.*, p. 194, § 61.

¹⁸⁵ Zie *supra*, nrs. 8 en 43-50.

¹⁸⁶ R. BERNHARDT, THÓR VILHJÁMSSON, A. SPIELMANN, E. PALM, L. WILDHABER, J. MAKARCZYK en M. VOICU, Gezamenlijke gedeeltelijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 202-203; J. CASADEVALL, Gedeeltelijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 204, § 3.

¹⁸⁷ R. BERNHARDT, THÓR VILHJÁMSSON, A. SPIELMANN, E. PALM, L. WILDHABER, J. MAKARCZYK en M. VOICU, Gezamenlijke gedeeltelijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk (wordt vervolgd...)

130. Het Straatsburgse Hof blijft zich verder geheel ten onrechte verschuilen achter de diversiteit in de rechtspraktijk van de Verdragsstaten.

Wat de juridische ontwikkelingen inzake transseksualiteit betreft, kan in hoofdzaak worden verwezen naar de *dissenting opinion* van rechter MARTENS bij het arrest-Cossey¹⁸⁸, alsmede naar de kritiek op het arrest-B. tegen Frankrijk¹⁸⁹ en de stelling van de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens¹⁹⁰. Het principe van de juridische erkenning van de geslachtswijziging van een transseksueel wordt thans aanvaard door het Europese Hof van Justitie, het Europese Parlement, de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa en een meerderheid van de Staten die partij zijn bij het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens¹⁹¹⁻¹⁹².

Deze vaststelling volstaat op zich reeds voor een overruling van de *Rees*-doctrine.¹⁹³ Daartoe is geenszins vereist dat alle Verdragsstaten een uniforme houding aannemen ten opzichte van de erkenning van de geslachtsidentiteit van een post-operatieve transseksueel, noch dat de consensus zich uitstrekt tot alle concrete gevolgen van de wijziging van de officiële kunne.¹⁹⁴ Het E.V.R.M. moet immers worden geïnterpreteerd in het licht van de huidige

Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 202-203.

¹⁸⁸ Zie *supra*, nrs. 107-108.

¹⁸⁹ Zie *supra*, nr. 109.

¹⁹⁰ Zie *supra*, nrs. 123-124.

¹⁹¹ In Zweden, Duitsland, Italië, Nederland en Turkije zijn de voorwaarden voor de juridische geslachtswijziging vastgelegd door de wetgever. Een administratieve aanpassing kan worden bekomen in Oostenrijk, Denemarken en Noorwegen. Verder staan de rechtbanken onder meer in België, Spanje, Polen, Portugal en Zwitserland de geslachtswijziging toe, ondanks het ontbreken van een specifieke wetgeving. Ook in Luxemburg, Finland, Griekenland, Roemenië, Slowakije en Tsjechië zou een wijziging van staat mogelijk zijn. Zie hierover M. WILL, 'Les conditions juridiques d'une intervention médicale pour changer de sexe: la situation en droit comparé', in X. (ed.), *Transsexualisme, médecine et droit. Actes XXIII^e Colloque de droit européen*, Straatsburg, Editions Conseil de l'Europe, 1995, 81-108.

¹⁹² R. BERNHARDT, THÓR VILHJÁMSSON, A. SPIELMANN, E. PALM, L. WILDHABER, J. MAKARCZYK en M. VOICU, Gezamenlijke gedeeltelijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 201; J. CASADEVALL, Gedeeltelijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 204, § 3; P. VAN DIJK, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 206-207, § 3.

¹⁹³ R. BERNHARDT, THÓR VILHJÁMSSON, A. SPIELMANN, E. PALM, L. WILDHABER, J. MAKARCZYK en M. VOICU, Gezamenlijke gedeeltelijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *l.c.*, p. 201-202; zie ook S. WIJTE, *l.c.*, 518-520.

¹⁹⁴ R. BERNHARDT, THÓR VILHJÁMSSON, A. SPIELMANN, E. PALM, L. WILDHABER, J. MAKARCZYK en M. VOICU, Gezamenlijke gedeeltelijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *l.c.*, p. 201-202.

ontwikkelingen¹⁹⁵, zodat de achterstand in de evolutie van het Engelse recht ten opzichte van de meerderheidsopvatting binnen de Verdragsstaten tot de veroordeling van het Verenigd Koninkrijk had moeten leiden.¹⁹⁶

131. Tenslotte kan niet worden ingestemd met de stelling dat de verzoeksters ten deze niet het bewijs leverden van een voldoende ernstig nadeel om de ruime appreciatiemarge ter zijde te stellen. Hiermee gaat het Europese Hof duidelijk in tegen zijn eigen jurisprudentie¹⁹⁷, wat de draagkracht van zijn beslissing toch enigszins ondermijnt.

Onder meer in de zaak-*Dudgeon tegen het Verenigd Koninkrijk* heeft het Hof geoordeeld dat het louter handhaven van wettelijke regels in bepaalde omstandigheden een voortdurende en rechtstreekse inbreuk kan uitmaken op het recht op eerbiediging van het privé-leven.¹⁹⁸ Het Hof heeft daarenboven zowel in de zaak-*Rees tegen het Verenigd Koninkrijk* als in de zaak-*Cossey tegen het Verenigd Koninkrijk* uitdrukkelijk te kennen geven dat het zich bewust is van "the seriousness of the problems facing transsexuals and the distress they suffer".¹⁹⁹ Acht jaar na het *Cossey*-arrest is de situatie van de Britse transseksuelen onveranderd. Door de handhaving van het Engelse systeem van geboorteregistratie lopen zij nog steeds het voortdurende risico om gedwongen te worden hun vroegere sekse te onthullen.²⁰⁰ Het algemeen belang, en met name de eventuele moeilijkheden die gepaard zouden gaan met de wijziging van de bestaande reglementering van de geboortenregisters, wegens niet op tegen deze ernstige en permanente aantasting van het recht op eerbiediging van het privé-leven van post-operatieve transseksuelen.²⁰¹

¹⁹⁵ E.H.R.M., arrest Marckx / België van 13 juni 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A., nr. 31, p. 18-20, § 40 en 41.

¹⁹⁶ M. LEVINET, *l.c.*, 671.

¹⁹⁷ P. VAN DIJK, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *l.c.*, p. 207-208, § 5.

¹⁹⁸ E.H.R.M., arrest Dudgeon / Verenigd Koninkrijk van 22 oktober 1981, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 45, p. 18, § 41.

¹⁹⁹ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 19, § 47; E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 17, § 42.

²⁰⁰ Zie P. VAN DIJK, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 207-208, § 5.

²⁰¹ R. BERNHARDT, THÓR VILHJÁSSON, A. SPIELMANN, E. PALM, L. WILDHABER, J. MAKARCZYK en M. VOICU, Gezamenlijke gedeeltelijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 202-203; J. CASADEVALL, Gedeeltelijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 205, § 4; P. VAN DIJK, Dissenting Opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en (wordt vervolgd...)

132. Ondanks deze kritiek laat het arrest-*Sheffield en Horsham tegen het Verenigd Koninkrijk* vermoeden dat een ommekeer in de Straatsburgse jurisprudentie in de nabije toekomst niet moet worden verwacht. Nochtans is de uitspraak van het Hof minder gezaghebbend dan op het eerste gezicht lijkt.

De beslissing dat het Verenigd Koninkrijk artikel 8 E.V.R.M. niet heeft geschonden, is genomen met de kleinst mogelijke meerderheid van 11 tegen 9 stemmen. De doorslaggevende stem van SIR JOHN FREELAND, de gekozen rechter van Britse nationaliteit, is er naar eigen zeggen van deze rechter slechts gekomen "*after much hesitation and even with some reluctance*".²⁰²

Hoewel het geen schending van artikel 8 E.V.R.M. vaststelt, tilt het Europese Hof voor de Rechten van de Mens daarenboven zwaar aan het feit dat het Verenigd Koninkrijk sedert het *Rees*-arrest geen enkel nieuw initiatief heeft genomen om de situatie van post-operatieve transseksuelen te verbeteren, ondanks de vingerwijzingen van het Hof dat de wetenschappelijke en sociale ontwikkelingen op het gebied van transseksualiteit de Verdragsstaten zouden kunnen verplichten tot het nemen van verdergaande maatregelen. Het Hof benadrukt tevens dat sociale aanvaarding van het fenomeen transseksualiteit is toegenomen, evenals de erkenning van de problemen die post-operatieve transseksuelen ondervinden. In één van de slotparagrafen van het arrest-*Sheffield en Horsham* worden de Verdragsstaten dan ook nogmaals uitdrukkelijk opgeroepen om hun houding in voorkomend geval aan te passen aan deze ontwikkelingen.²⁰³

In samenlezing met de *concurring opinion* van SIR JOHN FREELAND kan hieruit mogelijk worden afgeleid dat in geval van een blijvende inactiviteit van het Verenigd Koninkrijk de balans zou kunnen doorslaan in het nadeel van het Verenigd Koninkrijk indien er zich nog enige nieuwe ontwikkelingen op het vlak van transseksuelen zouden voordoen.²⁰⁴

Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *l.c.*, p. 208-209, § 6.

²⁰² SIR JOHN FREELAND, Concurring opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 199, §1.

²⁰³ E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 194, § 60.

²⁰⁴ SIR JOHN FREELAND, Concurring Opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 199-200, §1 en §3; *contra* J. DE MEYER, N. VALTICOS en J.M. MORENILLA, Gezamenlijke concurring opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 197-199; cf. M. LEVINET, *l.c.*, 658.

AFDELING 4. BESLUIT

133. Met haar rapporten inzake *Horsham* en *Sheffield tegen het Verenigd Koninkrijk* keerde de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens terug naar haar oorspronkelijke visie, zoals zij die had verwoord in de zaken-*Van Oosterwijck* en *Rees*.

Het volstaat volgens de Commissie niet langer dat een Verdragsstaat een aantal administratieve maatregelen neemt die het dagelijkse leven van transseksuelen vergemakkelijken. Een daadwerkelijke eerbiediging van het privé-leven van een post-operatieve transseksueel verplicht de Verdragsstaten tot een juridische erkenning van diens nieuwe gender. Dit impliceert in voorkomend geval dat het rechtssysteem moet worden aangepast, ten einde de wijziging van de staat van de persoon van een post-operatieve transseksueel mogelijk te maken.

134. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens deelt deze mening echter niet. Meer dan tien jaar na het *Rees*-arrest lijkt de afwijzende jurisprudentie van het Hof nog voor lange tijd vast te staan.²⁰⁵⁻²⁰⁶

Concreet betekent dit dat naar de mening van het Europese Hof artikel 8 E.V.R.M. de Verdragsstaten alleen maar een verplichting oplegt om de voornaamswijziging van een post-operatieve transseksueel mogelijk te maken, evenals de verplichting om dagdagelijkse documenten zoals een identiteitskaart en een rijbewijs aan te passen aan de gewijzigde fysieke gender. Het recht op eerbiediging van het privé-leven gebiedt de Verdragsstaten echter niet om de geslachtsidentiteit van de transseksueel te erkennen en een wijziging van de staat van de persoon toe te staan.

²⁰⁵ Cf. P. VAN DIJK, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest *Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk* van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 210, § 7.

²⁰⁶ Inmiddels heeft de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens sedert haar rapporten inzake *Horsham* en *Sheffield tegen het Verenigd Koninkrijk*, maar voorafgaand aan het arrest van het Europese Hof in die zaken, nog twee klachten van Engelse transseksuelen ontvankelijk verklaard : E.C.R.M., nr. D. 25680/94, 27 mei 1997, onuitg. en E.C.R.M., nr. D 28957/95, 1 december 1997, onuitg.

HOOFDSTUK III.

TRANSSEKSUALITEIT, AFSTAMMINGSRECHT EN HET RECHT OP GEZINSLEVEN

AFDELING 1. X., Y. EN Z. TEGEN HET VERENIGD KONINKRIJK : PROBLEEMSTELLING

135. Ongeveer gelijktijdig met de zaken-*Sheffield* en *Horsham tegen het Verenigd Koninkrijk*²⁰⁷ werd bij de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens voor de eerste maal een klacht aanhangig gemaakt met betrekking tot het recht op eerbiediging van het gezinsleven van een transseksueel.

Voorwerp van de klacht was de weigering van het Verenigd Koninkrijk om een post-operatieve vrouw-naar-man-transseksueel in de geboortenregisters in te schrijven als vader van een kind, dat na de (feitelijke) geslachtswijziging van de transseksueel door kunstmatige donorinseminatie bij diens vrouwelijke partner is verwekt. Volgens de verzoekers hield deze weigering om de relatie tussen de transseksueel en het kind juridisch te erkennen een schending in van het recht op bescherming van het gezinsleven in de zin van artikel 8 E.V.R.M.

136. De feiten die aan deze zaak ten grondslag liggen, kunnen als volgt worden samengevat.²⁰⁸ De drie verzoekers hebben allen de Britse nationaliteit en zijn woonachtig te Manchester. X is een post-operatieve vrouw-naar-man-transseksueel, die sedert 1975 leeft en werkt in de mannelijke geslachtsrol. Sinds 1979 woont hij ongehuwd samen met Y, een biologische vrouw, waarmee hij een vaste en stabiele relatie heeft.

In het jaar 1990 deden X en Y samen een aanvraag om in aanmerking te komen voor kunstmatige donorinseminatie (KID). Dit verzoek werd aanvankelijk afgewezen door de Medisch-Ethische Commissie van het ziekenhuis. X en Y tekenden tegen deze beslissing beroep aan en verkregen in november 1991 toelating tot de behandeling. De Medisch-Ethische Commissie vroeg daarbij uitdrukkelijk dat X het kind zou erkennen als vader in de zin van de *Human Fertility and Embryology Act 1990*. Artikel 28 §3 van deze wet bepaalt dat indien uit een ongehuwde vrouw een kind wordt geboren, dat met toestemming van haar mannelijke

²⁰⁷ E.C.R.M., nr. R22985/93, 21 januari 1997, onuitg.; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg.

²⁰⁸ Zie E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997. II, p. 624-626, § 12-19.

partner is verwekt via KID, de mannelijke partner, en niet de zaaddonor, wordt beschouwd als de vader van het kind.²⁰⁹

Op 30 januari 1992 werd Y, in aanwezigheid van X, op kunstmatige wijze bevrucht met het sperma van een anonieme donor. Reeds in februari 1992 vroeg X aan de Registrar General²¹⁰ of er enig bezwaar bestond tegen het feit dat hij in de geboortenregisters zou worden opgenomen als vader van het kind. In een schrijven van 4 juni 1992 antwoordde de Minister van Gezondheid aan het parlementslid van het district waaronder X ressorteert, dat de Registrar General, na het inwinnen van juridisch advies, van oordeel was dat alleen een persoon die biologisch tot het mannelijke geslacht behoorde, als vader van een kind kon worden ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. Het kind kon niettemin de familienaam van X dragen.²¹¹ X zou tevens recht hebben op een bijkomende belastingvermindering, in zoverre hij aantoonde dat het kind te zijnen laste viel.

Na de geboorte van Z verzochten X en Y gezamenlijk om als vader en moeder van het kind te worden ingeschreven in de registers van geboorten. De Engelse autoriteiten weigerden echter om X in de registers van de burgerlijke stand op te nemen als vader van Z. Z draagt wel de familienaam van X.

AFDELING 2. HET BESTAAN VAN GEZINSLEVEN IN DE ZIN VAN ARTIKEL 8 E.V.R.M.

137. De Straatsburgse instanties gaan in de eerste plaats na of de relatie tussen X, Y en Z kan worden beschouwd als gezinsleven in de zin van artikel 8 E.V.R.M. Het begrip “gezinsleven” is immers een autonoom begrip dat onafhankelijk van het interne recht van de Verdragsstaten moet worden geïnterpreteerd.²¹²

²⁰⁹ E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 626, § 21.

²¹⁰ De Registrar General draagt de algemene verantwoordelijkheid voor het Engelse systeem van registratie van geboorten en overlijdens : E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 626, § 22.

²¹¹ Het Engelse recht laat toe dat de ouders vrij de naam en de voornamen van hun kind kiezen. Zowel de naam als de voornamen kunnen ten allen tijde vrij worden gewijzigd : E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 627, § 24.

²¹² P. DE HERT, *o.c.*, nr. 216; P. SENAËVE, ‘Van Marckx tot Vermeire: 12 ½ jaar rechtspraak van het Straatsburgse Hof’, *F.J.R.* 1991, 195; P. VAN DIJK en G. VAN HOOFF, *o.c.*, 419.

Zowel de Europese Commissie als het Europese Hof verwijzen naar de vaste rechtspraak van het Hof²¹³, waarin reeds herhaaldelijk tot uiting is gebracht dat “family life” inhoudelijk niet beperkt blijft tot relaties die gebaseerd zijn op een huwelijk, maar zich tevens kan uitstrekken tot andere feitelijke relaties.²¹⁴ Of dergelijke feitelijke relaties onder de noemer gezinsleven vallen, is afhankelijk van de feitelijke omstandigheden van de zaak. Vooral het samenwonen van de betrokkenen, het voeren van een gemeenschappelijke huishouding en andere factoren die de duurzaamheid van de relatie aantonen, zoals het samen hebben van kinderen, worden daarbij in aanmerking genomen.²¹⁵ De wijze waarop deze kinderen zijn verwekt - op natuurlijke wijze, via kunstmatige inseminatie met sperma van de partner, of via KID - is bij die beoordeling irrelevant.²¹⁶

138. De toepassing van deze principes op de zaak-*X, Y. en Z. tegen het Verenigd Koninkrijk* leidt beide Straatsburgse instanties tot de conclusie dat er *in casu* sprake is van gezinsleven.²¹⁷ X leeft immers reeds geruime tijd samen met Y en vervult de sociale rol van de mannelijke partner. Het koppel heeft gezamenlijk de toelating gevraagd en verkregen tot het ondergaan van een KID-behandeling. X heeft gedurende de ganse periode Y gesteund en gedraagt zich sinds de geboorte van Z openlijk als de vader van dit kind.

Het feit dat X naar Engels recht nog steeds als vrouw wordt beschouwd, doet aan deze vaststellingen geen afbreuk.²¹⁸ Dit historisch-biologisch element weegt niet op tegen de

²¹³ E.H.R.M., arrest Marckx / België van 13 juni 1979, *Publ. Eur. Court. H.R.*, Serie A, nr. 31, p. 14, § 31; E.H.R.M., arrest Johnston e.a. / Ierland van 18 december 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 112, p. 25, § 55; E.H.R.M., arrest Keegan / Ierland van 26 mei 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 290, p. 17, § 44; E.H.R.M., arrest Kroon e.a. / Nederland van 27 oktober 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 297-C, p. 55-56, § 30. Over deze rechtspraak: P. DE HERT, *o.c.*, nr. 216; F. JACOBS en R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 175-176; P. VAN DIJK en G. VAN HOOFF, *o.c.*, 419; zie ook C. FORDER, ‘Het gezin in internationale verdragen’, *Rechtsgeleerd magazijn themis* 1997, 131-132; J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, 550.

²¹⁴ E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 629-630, § 36; E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 6, § 51.

²¹⁵ E.H.R.M., arrest Kroon e.a. / Nederland van 27 oktober 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 297-C, p. 55-56, § 30; E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 630, § 36; cf. E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 6, § 51; C. FORDER, ‘Het gezin in internationale verdragen’, *l.c.*, 132-133; S. GRATALOUP, noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *D.* 1997, Jur., 584-585; P. SENAËVE, ‘Van Marckx tot Vermeire: 12 ½ jaar rechtspraak van het Straatsburgse Hof’, *l.c.*, 196; J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, 550; cf. P. VAN DIJK en G. VAN HOOFF, *o.c.*, 419-422; zie P. DE HERT, *o.c.*, nrs. 216-223.

²¹⁶ E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 630, § 36.

²¹⁷ E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 630, § 37; E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 6, § 54-59.

²¹⁸ E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 6, § 56-58.

feitelijke situatie waarin X zich bevindt en die in geen enkel ander opzicht kan worden onderscheiden van het traditionele gezinsleven. Na het ondergaan van de geslachtsaanpassende behandeling heeft X zoveel als mogelijk de mannelijke geslachtsrol aangenomen, zodat hij maatschappelijk als de mannelijke partner van Y en de vader van Z wordt beschouwd.

139. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens benadrukt dat de *feitelijke* band tussen X, Y en Z moet worden onderscheiden van het geval waarin twee vrouwen in het kader van een langdurige lesbische relatie samen een kind opvoeden dat bij één van hen via KID is verwekt.²¹⁹ In tegenstelling tot de relatie tussen X, Y en Z, valt de relatie tussen een “meemoeder” en een kind van diens lesbische partner volgens de Europese Commissie buiten het bereik van het begrip gezinsleven, zelfs indien de “meemoeder” samenwoont met haar lesbische partner en diens kind, en zij samen met de moeder van het kind de rol van ouder vervult.²²⁰

Hieruit kan worden afgeleid dat volgens de Commissie het “loutere” sociale ouderschap, *id est* de relatie waarin een persoon, de sociale ouder, zorg draagt voor een kind, dat van deze persoon geen bloedverwant is, noch met hem in een familierechtelijke betrekking staat, slechts als gezinsleven kan worden beschouwd, indien deze zorgrelatie kadert in een *traditioneel* gezin, bestaande uit twee partners/ouders van een *verschillend* geslacht, die *samenleven* met het betrokken kind.²²¹⁻²²² Aangezien de *feitelijke* en niet de *juridische* situatie doorslaggevend is, moet een post-operatieve vrouw-naar-man-transseksueel voor de invulling van het begrip gezinsleven als man worden beschouwd. Het sociale ouderschap van X sluit dan ook aan bij het traditionele gezin en valt bijgevolg onder de toepassing van artikel 8 E.V.R.M.²²³

²¹⁹ E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 6, § 55.

²²⁰ E.C.R.M., nr. D 15666/89, 19 mei 1992, *Nemesis* 1992, actualiteitenkatern nr. 6, p. 22; E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 6, § 53; cf. P. VAN DIJK en G. VAN HOOFF, *o.c.*, 420.

²²¹ Cursivering toegevoegd door mij, K.U.

²²² C. FORDER, ‘Het gezin in internationale verdragen’, *l.c.*, 134-135; cf. N. HOLTRUST en I. DE HONDT, noot onder E.C.R.M., nr. R 21830/93, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 9; N. HOLTRUST, ‘De bloedband van de polygame transseksueel’, *F.J.R.* 1996, 108. Deze stelling wordt door verscheidene auteurs bekritiseerd: C. FORDER, ‘Het gezin in internationale verdragen’, *l.c.*, 134-135; C. FORDER, noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *N.J.C.M.* 1998, 329; P. DE HERT, *o.c.*, nr. 267; H.G. SCHERMERS, Concurring Opinion bij E.C.R.M., nr. R 21830/93, onuitg.

²²³ *Contra* S. GRATALOUP, *l.c.*, 585.

AFDELING 3. DE ERKENNING VAN HET VADERSCHAP VAN EEN POST-OPERATIEVE VROUW-NAAR-MAN-TRANSSEKSUEEL EN HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN HET GEZINSLEVEN

§1. Inleiding

140. Volgens een vaste jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens beoogt artikel 8 E.V.R.M. niet alleen een bescherming van het individu tegen willekeurige inmengingen van de overheid, maar vloeien uit deze verdragsbepaling ook positieve verplichtingen voort, die inherent zijn aan een daadwerkelijke eerbiediging van het gezinsleven.²²⁴

In een aantal recente arresten benadrukte het Hof echter dat de grens tussen de positieve en negatieve verplichtingen niet precies kan worden bepaald.²²⁵ De toepasselijke beginselen zijn niettemin vergelijkbaar. Zowel bij de beoordeling van de positieve als van de negatieve verplichtingen, dient een redelijk evenwicht te worden nagestreefd tussen de belang van het individu enerzijds en het gemeenschappelijk belang anderzijds.²²⁶ Tevens genieten de Verdragsstaten in beide gevallen een zekere appreciatiemarge.²²⁷

Op basis van deze beginselen kwam het Hof in de zaak-*X, Y en Z. tegen het Verenigd Koninkrijk* evenwel tot een ander besluit dan de Commissie.

§2. De stelling van de Europese Commissie

141. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens was van oordeel dat het gebrek

²²⁴ E.H.R.M., arrest Marckx / België van 13 juni 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 31, p. 15, § 31; E.H.R.M., arrest Johnston e.a. / Ierland van 18 december 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 112, p. 25, § 55; E.H.R.M., arrest Keegan / Ierland van 26 mei 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 290, p. 19, § 49; E.H.R.M., arrest Kroon e.a. / Nederland van 27 oktober 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 297-C, p. 56, § 31; E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 631-632, § 41.

²²⁵ E.H.R.M., arrest Kroon e.a. / Nederland van 27 oktober 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 297-C, p. 56, § 31; E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 632, § 41.

²²⁶ E.H.R.M., arrest Keegan / Ierland van 26 mei 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 290, p. 17, § 44; E.H.R.M., arrest Kroon e.a. / Nederland van 27 oktober 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 297-C, p. 56, § 31; E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 632, § 41; zie ook E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 7, § 62.

²²⁷ E.H.R.M., arrest Keegan / Ierland van 26 mei 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 290, p. 19, § 49; E.H.R.M., arrest Kroon e.a. / Nederland van 27 oktober 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 297-C, p. 56, § 31; E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 632, § 41.

aan juridische erkenning van het vaderschap van X op zichzelf genomen reeds een ernstig nadeel berokkent aan de verzoekers.²²⁸

Volgens de Commissie werd afdoende aangetoond dat dergelijke officiële erkenning een meerwaarde biedt aan de beleving van de gezinsrelaties. Het ontbreken van een juridische afstammingsband tussen X en Z werkt stigmatiserend en kan derhalve een (nadelige) rol spelen in de persoonlijke ontwikkeling van laatstgenoemde, alsmede de beleving van het gezinsleven negatief beïnvloeden.

142. Bovendien stelde de Europese Commissie vast dat er sprake is van een daadwerkelijke belangenschade in hoofde van de verzoekers.

In de eerste plaats werd aan het Verenigd Koninkrijk verweten dat Z nooit *ab intestato* kan erven van haar sociale vader, bij gebreke aan een familierechtelijke betrekking tussen X en Z.²²⁹ De Commissie verwijst in dit verband naar de zaak-*Johnston e.a. tegen Ierland* waar de inferieure erfrechtelijke positie van een buitenhuwelijks kind mede aanleiding heeft gegeven tot de veroordeling van Ierland wegens een tekortkoming in de eerbiediging van het gezinsleven.²³⁰

Ook het feit dat de naam van X niet voorkomt op de geboorteakte van Z, werd door de Commissie in aanmerking genomen bij de beoordeling van de uit artikel 8 E.V.R.M. voortvloeiende verplichtingen.²³¹ Hoewel de geboorteakte in het Verenigd Koninkrijk weinig wordt gebruikt voor administratieve of identificatiedoeleinden, moet aan deze akte volgens de Europese Commissie toch een zekere betekenis worden toegekend, onder meer omwille van de openbaarheid van de geboortenregisters. Tevens bestaat het risico dat in de praktijk toch een afschrift van de geboorteakte wordt gevraagd voor het stellen van bepaalde handelingen. Alsdan kunnen niet alleen derden, maar ook het kind zelf, kennis nemen van de bijzondere familiale situatie, alvorens de ouders het kind hierover hebben ingelicht.

Tenslotte was de Commissie van oordeel dat de mogelijkheid voor X om een zogenaamde “*residence order*” te bekomen, waardoor hij zou worden bekleed met alle ouderlijke rechten,

²²⁸ E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 8, § 66.

²²⁹ E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 7, § 63; ; *contra* J. LIDDY, bijgetreden door G.B. REFFI, Concurring Opinion bij E.C.R.M., nr. R 21830/93, onuitg., nr. 5-7.

²³⁰ E.H.R.M., arrest *Johnston e.a. / Ierland* van 18 december 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 112, p. 30-31, § 75.

²³¹ E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 7, § 64.

plichten en verantwoordelijkheden, onvoldoende juridische erkenning biedt van zijn rol als vader en ouder.²³² Dergelijke “*residence order*” kan door de rechtbank immers worden toegekend aan elke persoon bij wie een kind verblijft, en heeft slechts uitwerking tijdens de duur van het verblijf.

143. Nadat de Europese Commissie de aantasting van de private belangen van de verzoekers had vastgesteld, onderzocht zij of de belangen van de gemeenschap opwegen tegen deze private belangen. De beleidsvrijheid die de Verdragsstaten desbetreffend genieten wordt restrictief geïnterpreteerd. Indien een transseksueel een geslachtsaanpassende behandeling ondergaat in een Verdragsstaat, en in die Staat een gezin vormt met een partner van zijn oorspronkelijk geslacht en een via KID bij deze partner verwekt kind, moet de Verdragsstaat de relatie tussen de transseksueel en het kind in beginsel juridisch erkennen.²³³ Een weigering om deze familierechtelijke betrekking *de jure* vast te stellen, vereist een specifieke rechtvaardigingsgrond.²³⁴ Aangezien de Britse regering naar de mening van de Commissie niet aantoonde dat er een tegengesteld maatschappelijk belang bestaat dat opweegt tegen deze private belangen van de verzoekers, liet de aan de Verdragsstaten toegekende (beperkte) appreciatiemarge het Verenigd Koninkrijk niet toe om aan de verzoekers de gepaste juridische erkenning van hun familiale banden te onthouden.²³⁵ Het recht op eerbiediging van het gezinsleven was derhalve geschonden.

144. De voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens ging hiermee voor de eerste maal lijnrecht in tegen de *Rees*-doctrine van het Europese Hof. Deze afwijking van de jurisprudentie van het Hof werd niet alleen verantwoord door het feit dat de zaak-*X, Y. en Z tegen het Verenigd Koninkrijk* (mede) betrekking heeft op de bescherming van het recht op gezinsleven, maar ook door de vaststelling dat er in de Verdragsstaten een duidelijke tendens naar juridische erkenning van de geslachtstransformatie kan worden waargenomen.²³⁶

²³² E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 7, § 65; cf. E.H.R.M., arrest Kroon e.a. / Nederland van 27 oktober 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 297-C, p. 39, § 39; C.J. FORDER, noot onder E.H.R.M., arrest Kroon e.a. / Nederland van 27 oktober 1994, *N.J.C.M.* 1995, 51-52.

²³³ E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 8, § 67; *contra* N. BRATZA, Dissenting Opinion bij E.C.R.M., nr. R 21830/93, onuitg.; H. DANIELIUS, Dissenting Opinion bij E.C.R.M., nr. R 21830/93, onuitg., nr. 1; J. LIDDY, bijgetreden door G.B. REFFI, Concurring Opinion bij E.C.R.M., nr. R 21830/93, onuitg., nr. 10-11; L. LOUCAIDES, Dissenting Opinion bij E.C.R.M., nr. R 21830/93, onuitg.

²³⁴ E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 8, § 67.

²³⁵ E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 8, § 68.

²³⁶ E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 8, § 67; *contra* J. LIDDY, bijgetreden door G.B. REFFI, Concurring Opinion bij E.C.R.M., nr. R 21830/93, onuitg., nr. 3.

Dit laatste gegeven leidde de Commissie af uit het bestaan van een wettelijke regeling in Duitsland, Italië, Nederland, Zweden en Duitsland, alsmede uit de jurisprudentiële praktijk in België. Daarnaast wordt verwezen naar de Aanbeveling 1117 (1989) van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa betreffende de toestand van transseksuelen²³⁷, waarin aan de Lidstaten van de Raad van Europa wordt aanbevolen om een wettelijke regeling in te voeren, die onder meer de wijziging van de geboortenregisters mogelijk maakt.

145. De stelling van de Europese Commissie vond echter geen weerklank bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

§3. De afwijzende houding van het Europese Hof

146. Het Europese Hof herhaalde dat het recht op eerbiediging van het gezinsleven de Verdragsstaten in beginsel verplicht om zo te handelen dat een vastgestelde (feitelijke) familieband tussen een man en een kind zich verder kan ontwikkelen. Met name moet het rechtssysteem van de Verdragsstaten de nodige juridische bescherming bieden ten einde het kind in staat te stellen om zich vanaf het tijdstip van de geboorte, of zo spoedig mogelijk daarna, te integreren in zijn familie.²³⁸

In de zaak-*X, Y. en Z. tegen het Verenigd Koninkrijk* werd het Hof echter voor de eerste maal geconfronteerd met de relatie tussen een man en een kind dat via KID is verwekt. Het ontbreken van een bloedband tussen Z en X, die bovendien een vrouw-naar-man-transseksueel is, onderscheidde deze zaak van de gevallen waarover het Hof zich in het verleden reeds had uitgesproken.²³⁹

Precies deze bijzondere kenmerken liggen aan de grondslag van de terughoudende stelling die het Hof in deze zaak heeft ingenomen. Volgens het Hof bestond er immers geen Europese norm met betrekking tot het toekennen van ouderlijke rechten en plichten aan transseksuelen, en werd evenmin aangetoond dat de Verdragsstaten een gemeenschappelijke houding

²³⁷ Recommendation Parl. Verg. 1117 (1989); 29 september 1989 on the condition of transsexuals, *Texts adopted by the assembly* 1989-1990, september 1989.

²³⁸ E.H.R.M., arrest Marckx / België van 13 juni 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 31, p. 15, § 31; E.H.R.M., arrest Johnston e.a. / Ierland van 18 december 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 112, p. 29, § 72; E.H.R.M., arrest Keegan / Ierland van 26 mei 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 290, p. 19, § 50; E.H.R.M., arrest Kroon e.a. / Nederland van 27 oktober 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 297-C, p. 56, § 32; E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 632, § 43; P. DE HERT, o.c., nr. 237; S. GRATALOUP, l.c., 586.

²³⁹ E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 632, § 43.

aannemen ten aanzien van de juridische gevolgen die moeten worden gehecht aan de relatie tussen een via KID verwekt kind en de persoon die de vaderlijke rol op zich neemt.²⁴⁰ Het Europese Hof was bijgevolg van oordeel dat aan het Verenigd Koninkrijk een ruime appreciatiemarge moet worden toegekend.²⁴¹ In het licht van deze ruime beoordelingsvrijheid ging het Hof de individuele belangen van de verzoekers afwegen tegenover het algemeen belang van de maatschappij.

147. Het algemeen belang werd door het Hof geconcretiseerd in het belang van het kind dat via KID is verwekt. Het Hof overwoog dat het bewaren van de samenhang van een geheel van familierechtelijke regels die het welzijn van het kind vooropstellen, de ganse samenleving aanbelangt.²⁴² In dat opzicht noteerde het Hof dat de door verzoekers gevraagde wetswijziging niet noodzakelijk gunstig is voor kinderen die door kunstmatige donorinseminatie zijn verwekt. Aangezien een hervorming van het recht mogelijk nadelige of onvoorziene gevolgen kon hebben voor andere kinderen die zich in de situatie van Z bevinden, mocht het Verenigd Koninkrijk zich dan ook terughoudend opstellen.²⁴³

Bovendien dreigde de coherentie van het familierecht in het gedrang te komen indien men zou aanvaarden dat een vrouw-naar-man-transseksueel op het vlak van het afstammingsrecht als man kan worden beschouwd, terwijl hij voor alle andere deelgebieden blijft behoren tot het vrouwelijk geslacht en zelfs een geldig huwelijk met een man kan afsluiten.²⁴⁴

148. De ongemakken die de verzoekers ondervonden, wogen volgens het Europese Hof niet op tegen het aldus geconcretiseerd algemeen belang.

De nadelige juridische gevolgen die eventueel voortvloeien uit de weigering van het Verenigd Koninkrijk om het vaderschap van X te erkennen, zijn niet van aard om buitensporige moeilijkheden te veroorzaken.²⁴⁵ Zo stelde het Hof onder meer dat aan het bezwaar dat Z nooit *ab intestato* kan erven van X, kon worden tegemoetkomen door het opstellen van een testament. Verder bezit Z ingevolge de vastgestelde moederlijke afstammingsband de Britse

²⁴⁰ E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *l.c.*, p. 632-633, § 44.

²⁴¹ E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *l.c.*, p. 633, § 44.

²⁴² E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *l.c.*, p. 633-634, § 47.

²⁴³ E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *l.c.*, p. 633-634, § 47.

²⁴⁴ E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *l.c.*, p. 634, § 47.

²⁴⁵ E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 634, § 48.

nationaliteit door geboorte, zodat zij geen enkel nadeel ondervindt op het vlak van immigratie en nationaliteit.

Het Hof was evenmin overtuigd dat het ontbreken van de naam van X in de geboorteakte van Z de ontwikkeling of het sociale leven van laatstgenoemde zou kunnen schaden.²⁴⁶ Noch het kind, noch derden kunnen kennis nemen van het feit dat de rubriek “vader” open is gelaten omdat X op het ogenblik van de geboorte van Z tot de vrouwelijke sekse behoorde, tenzij X of Y zelf deze informatie zouden onthullen. Het Hof stelde bovendien vast dat de geboorteakte in het Verenigd Koninkrijk weinig gebruikt wordt voor administratieve of identificatiedoeleinden.

Tenslotte meende het Hof voor de Rechten van de Mens dat er geen beletsels bestaan voor X om zich als sociale vader van het kind Z te gedragen. X leeft immers samen met Z, ondersteunt haar en haar moeder op affectieve en financiële wijze, en is vrij om zich als vader van Z te manifesteren en zulks naar de maatschappij te bevestigen door zijn familienaam aan Z te geven.²⁴⁷ Het Hof hecht daarbij tevens een grote waarde aan de mogelijkheid voor X om een “*residence order*” te bekomen, wat hem naar Engels recht automatisch bekleedt met het ouderlijk gezag.

149. Gelet op het gebrek aan overeenstemming tussen de Verdragsstaten omtrent de complexe vragen die het fenomeen transseksualiteit doet rijzen op wetenschappelijk, juridisch, ethisch en sociaal vlak, oordeelde het Hof bijgevolg dat uit artikel 8 E.V.R.M. geen verplichting voortvloeit om het vaderschap te erkennen van een persoon die niet de biologische vader is van een kind.²⁴⁸

AFDELING 4. BEOORDELING

150. Terecht aanvaarden zowel de voormalige Europese Commissie als het Europese Hof dat de relatie tussen een post-operatieve vrouw-naar-man-transseksueel en het via KID bij zijn vrouwelijke partner verwekte kind, zelfs bij ontbreken van juridische verwantschap, kan gekwalificeerd worden als gezinsleven in de zin van artikel 8 E.V.R.M., mits de familiale band tussen hen beiden voldoende hecht is. Bij de beoordeling van het bestaan van

²⁴⁶ E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *I.c.*, p. 634, § 49.

²⁴⁷ E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *I.c.*, p. 635, § 50.

²⁴⁸ E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997. II. p. 635, § 52.

gezinsleven, primeert de maatschappelijke realiteit van het sociale vaderschap op het louter biologisch-historische juridische geslacht van de transseksueel.

In de zaak-*X, Y. en Z. tegen het Verenigd Koninkrijk* stemde het door de verzoekers beleefde gezinsleven duidelijk overeen met een traditioneel gezin. Op het ogenblik van de geboorte van Z leven X en Y immers reeds 13 jaren samen als heteroseksueel koppel. Hoewel er tussen X en Z geen bloedband bestaat, heeft X bovendien *de facto* wel de rol van vader op zich genomen, hetgeen overigens wordt bevestigd door het feit dat Z de familienaam van X draagt.

151. Bij het bepalen van de omvang van de appreciatiemarge waarover de Verdragsstaten beschikken bij het toekennen van ouderlijke rechten en plichten aan transseksuelen, past het Straatsburgse Hof andermaal de *consensus*-toets toe. Op grond van dit criterium komt het Hof mijns inziens terecht tot het besluit dat de nationale overheden op dit vlak beschikken over een ruime beoordelingsvrijheid.²⁴⁹

Hoewel er sedert het *Rees*-arrest een groeiende eensgezindheid is ontstaan over het *principe* dat de staat van de persoon van een post-operatieve transseksueel moet worden aangepast aan de door hem of haar werkelijk beleefde sekse, blijven er tussen de Verdragsstaten onderling niettemin belangrijke verschillen bestaan met betrekking tot de grondvoorwaarden en de gevolgen van de aanpassing van de juridische kunne.²⁵⁰ De beperking van de appreciatiemarge inzake transseksualiteit geldt derhalve uitsluitend voor het beginsel dat een post-operatieve transseksueel recht heeft op erkenning van zijn of haar geslachtsidentiteit. De nationale overheid blijft daarentegen over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken voor wat betreft de concrete uitwerking van dit beginsel (grond- en procedurevoorwaarden), en vooral voor wat betreft de gevolgen die aan de juridische geslachtswijziging worden verbonden. De vaststelling van de afstammingsband ten aanzien van een post-operatieve transseksueel overeenkomstig diens gewijzigde geslachtskenmerken is bij uitstek een domein waar de Verdragsstaten een ruime beleidsvrijheid behouden.

152. Niettemin had het Europese Hof naar mijn mening moeten besluiten tot een schending van het recht op eerbiediging van het familieleven van X, Y en Z.²⁵¹

²⁴⁹ *Contra* C. FORDER, noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *l.c.*, 329-330.

²⁵⁰ *Supra*, nrs. 107-108.

²⁵¹ C. FORDER, noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *N.J.C.M.* 1998, 329-331; Zie ook J. CASADEVALL, bijgetreden door C. RUSSO en J. MAKARCZYK, Gedeeltelijke Dissenting Opinion bij E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 640-642.

In de zaak-*Johnston e.a. tegen Ierland* overwoog het Hof precies dat de normale ontplooiing van de familiale banden tussen een buitenhuwelijks kind en de biologische vader van dat kind vereist dat het kind juridisch en sociaal in een gelijkaardige positie wordt geplaatst als een binnen het huwelijk geboren kind.²⁵² Ondanks de ruime appreciatiemarge die in deze zaak aan Ierland werd toegekend,²⁵³ was het Hof van oordeel dat de inferieure juridische positie van een buitenhuwelijks kind een schending uitmaakt van het recht op eerbiediging van het gezinsleven zowel van het buitenhuwelijks kind als van diens ouders.²⁵⁴

In de zaak-*X., Y en Z. tegen het Verenigd Koninkrijk* werd het Europese Hof geconfronteerd met een gelijkaardige situatie, maar liet het ten onrechte “het belang” van het door KID verwekte kind en de samenhang van het familierecht zwaarder doorwegen dan de minderwaardige sociale en juridische situatie waarin het KID-kind zich bevindt.

153. Het argument dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens meent te kunnen putten uit het belang van het kind dat door kunstmatige donorinseminatie is verwekt, mist mijns inziens elke overtuigingskracht.

Een mannelijke partner die een duurzame buitenhuwelijks samenlevingsrelatie heeft met de moeder van een kind dat tijdens die relatie met zijn toestemming is verwekt met sperma van een donor, en die in het gezin de rol van sociale vader opneemt ten aanzien van dat kind, moet in beginsel door de nationale overheid in staat worden gesteld om dit sociale vaderschap ook juridisch te laten bevestigen in een afstammingsband. Tegen dit beginsel weegt niet op dat de vaststelling van een vaderlijke afstammingsband in dergelijke gevallen mogelijk - door het Hof niet nader omschreven - nadelige of onvoorziene gevolgen kan hebben. Binnen de hen toegemeten beleidsvrijheid is het de Verdragsstaten immers toegelaten om de vaststelling van de afstammingsband ten aanzien van de sociale vader van het door middel van KID verwekte kind nader te regelen precies met het oog op het vermijden van nadelige gevolgen voor het kind.

De stelling dat het recht op eerbiediging van het gezinsleven de Verdragsstaten niet verplicht om in het kader van een duurzame buitenhuwelijks samenlevingsrelatie de sociale vader van een kind dat tijdens die relatie met zijn toestemming door kunstmatige donorinseminatie bij

²⁵² E.H.R.M., arrest *Johnston e.a. / Ierland* van 18 december 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 112, p. 30, § 74; P. SENAËVE, ‘Van Marckx tot Vermeire: 12 ½ jaar rechtspraak van het Straatsburgse Hof’, *l.c.*, 198.

²⁵³ E.H.R.M., arrest *Johnston e.a. / Ierland* van 18 december 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 112, p. 25, § 55.

²⁵⁴ E.H.R.M., arrest *Johnston e.a. / Ierland* van 18 december 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 112, p. 30-31, § 75.

zijn vrouwelijke partner is verwekt, te erkennen als juridische vader van dit kind, leidt bovendien tot een ongeoorloofde discriminatie van buitenhuwelijkse via KID verwekte kinderen ten opzichte van buitenhuwelijkse kinderen die op natuurlijke wijze zijn verwekt.²⁵⁵ Indien de nationale overheid weigert om de afstamming vast te stellen ten aanzien van de mannelijke partner van de moeder, kunnen de kinderen behorend tot de laatste categorie zich beroepen op een schending van artikel 8 E.V.R.M. op grond van het *Johnston*-arrest, terwijl de klachten van buitenhuwelijkse kinderen, verwekt via kunstmatige donorinseminatie, worden afgewezen op grond van het arrest-*X., Y. en Z. tegen het Verenigd Koninkrijk*. Nochtans vervult de mannelijke partner in beide gevallen exact dezelfde sociale rol ten aanzien van het kind.

154. De beslissing dat het recht op eerbiediging van het gezinsleven de Verdragsstaten toelaat om te weigeren het vaderschap van een ongehuwde post-operatieve vrouw-naar-man-transseksueel juridisch te erkennen, wordt evenmin gerechtvaardigd door de noodzaak om de coherentie van het familierecht te vrijwaren.

Het nastreven van de samenhang tussen de onderscheiden deelgebieden van het familierecht is op zichzelf een gerechtvaardigde betrachting, maar kan *in casu* geen bezwaar vormen tegen de door de verzoekers gevraagde wetswijziging. De inconsistentie die ontstaat indien men een post-operatieve vrouw-naar-man-transseksueel uitsluitend ten behoeve van het afstammingsrecht als man beschouwt, terwijl hij voor alle overige deelgebieden van het familierecht vrouw blijft, vindt naar mijn mening immers haar oorsprong in de schending van het recht op eerbiediging van het privé-leven van die transseksueel, met name de weigering om de gewijzigde gender van een post-operatieve transseksueel te erkennen. Een inbreuk op het recht op eerbiediging van het privé-leven kan bezwaarlijk de verantwoording uitmaken van een schending van het recht op eerbiediging van het gezinsleven.²⁵⁶

155. De inferieure juridische en sociale situatie van het KID-kind wordt daarenboven ten onrechte geminimaliseerd door het Hof.

In de eerste plaats heeft het feit dat buitenhuwelijkse kinderen bij wijze van testament van hun natuurlijke ouders kunnen erven, het Hof er in het verleden niet van weerhouden om in gelijkaardige gevallen - al dan niet in samenlezing met artikel 14 - op grond van artikel 8

²⁵⁵ Cf. D. GOTCHEV, Dissenting Opinion bij E.H.R.M., arrest *X., Y. en Z.* / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, p. 646.

²⁵⁶ Cf. C. FORDER, noot onder E.H.R.M., arrest *X., Y. en Z.* / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *l.c.*, 330-331.

E.V.R.M. toch een veroordeling van een Verdragsstaat uit te spreken, die (mede) gebaseerd is op het ontbreken van de mogelijkheid om (op gelijkwaardige wijze als huwelijkse kinderen) *ab intestato* te kunnen erven.²⁵⁷ Beide manieren om te erven zijn overigens fundamenteel verschillend. Het testamentaire erfrecht kan dan ook bezwaarlijk als surrogaat worden gebruikt voor het intestaat erfrecht.

Het openlaten van de rubriek “vader” in de geboorteakte van Z moet worden beoordeeld in het licht van de relevante Engelse recht. Artikel 10 van de *Births and Deaths Registration Act 1953* bepaalt dat de moeder van een kind en de man die beschouwd wordt als zijn vader overeenkomstig artikel 28 § 3 van de *Human Fertility and Embryology Act 1990* een gezamenlijke aanvraag kunnen indienen om de naam van deze laatste op te nemen in de geboorteakte van het kind dat via KID is verwekt. Het is bijgevolg niet ondenkbaar dat derden zich vragen zullen stellen bij het bekijken van de geboorteakte van Z. Hoewel de geboorteakte in het Verenigd Koninkrijk weinig wordt gebruikt voor identificatie of administratieve doeleinden, zijn er niettemin bepaalde omstandigheden waarin toch de overlegging van de geboorteakte wordt gevraagd.

Tenslotte maakt het Hof een verkeerde beoordeling van het belang van de “*residence order*”. Indien X een “*residence order*” bekommt, verkrijgt hij weliswaar het ouderlijk gezag over het kind Z, maar wordt er geen afstammingsband met het kind vastgesteld. Het vaststellen van een afstammingsband brengt voor het kind en zijn ouders verdergaande juridische en sociale gevolgen mee, dan het louter toekennen van ouderlijke rechten en plichten aan de ouders. De sociale en juridische integratie van het kind in de familie veronderstelt dan ook dat het kind in een afstammingsrelatie staat ten opzichte van zijn ouders.

²⁵⁷ Cf. E.H.R.M., arrest Marckx / België van 13 juni 1979, *Publ. Eur. Court. H.R.*, Serie A, nr. 31, p. 9-10 en 25-26, § 17-18 en 56-59; E.H.R.M., arrest Johnston e.a. / Ierland van 18 december 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 112, p. 17 en 29-31, § 31-32 en 70-77.

HOOFDSTUK IV.

HET RECHT OP HUWELIJK

AFDELING 1. DRAAGWIJDTE VAN ARTIKEL 12 E.V.R.M.

156. Artikel 12 E.V.R.M. beschermt het recht van elke man en elke vrouw van huwbare leeftijd om een huwelijk te sluiten en een gezin te stichten. Hoewel deze verdragsbepaling geen tweede paragraaf bevat waarin specifieke beperkingsgronden worden opgesomd, kan dit fundamentele recht om te huwen en een gezin te stichten niet als een absoluut recht worden beschouwd. Door te verwijzen naar de toepasselijke nationale wetgeving, geeft de verdragstekst integendeel aan dat de nationale overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt om de uitoefening van dit recht te regelen.²⁵⁸ Dit laat de Verdragsstaten toe om het sluiten van een huwelijk afhankelijk te maken van de naleving van bepaalde vormvereisten en grondvoorwaarden die aansluiten bij hun eigen tradities.²⁵⁹

De toegekende beoordelingsvrijheid blijft echter beperkt tot de *uitoefening* van het recht om te huwen : de nationale voorwaarden mogen de essentie van het fundamentele recht op een huwelijk niet aantasten.²⁶⁰ Dit principe vormt de basis van de supranationale toetsing van de opgelegde beperkingen aan de algemene erkende beginselen die aan het instituut huwelijk ten grondslag liggen.²⁶¹

²⁵⁸ D.J. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK, *o.c.*, 435-436; P. VAN DIJK en G. VAN HOOF, *o.c.*, 488; cf. E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 27, § 55.

²⁵⁹ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 27, § 55; J.E.S. FAWCETT, G. TENEKIDES, A.S. GÖZÜBÜYÜK, J.-C. SOYER en G. BATLINER, Opinion bij E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, p. 27; P. SENAËVE, 'Schijnhuwelijken en het E.V.R.M.', (noot onder Cass. 19 maart 1992), *R. Cass.* 1992, 128; cf. E.H.R.M., arrest F. / Zwitserland van 18 december 1987, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 128, p. 16, § 32; Cass. 19 maart 1992, *R. Cass.* 1992, 131, noot P. SENAËVE en *R.W.* 1992-93, 158; E.A. ALKEMA, 'Huwelijk en verdragsrecht', in W.C.E. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, G.P. HOEFNAGELS, M.J.A. VAN MOURIK en W.C.E. ROBERT (eds.), *Het Huwelijk*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, 160.

²⁶⁰ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 19, § 50; E.H.R.M., arrest F. / Zwitserland van 18 december 1987, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 128, p. 16, § 32; E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 17, § 43; E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, onuitg., § 66; E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 27, § 56; E.C.R.M., nr. R 7114/75, 13 december 1979, *D.R.* nr. 24, p. 14, § 60-61; E.C.R.M., nr. R 8186/78, 10 juli 1980, *D.R.* nr. 24, p. 78-79, § 47-48; G.H. THUNE, J.-C. GEUS, J. MUCHA, P. LORENZEN en K. HERNDL, Gezamenlijke dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg.; G. COHEN-JONATHAN, *o.c.*, 355; P. SENAËVE, 'Schijnhuwelijken en het E.V.R.M.', (noot onder Cass. 19 maart 1992), *R. Cass.* 1992, 128; P. VAN DIJK en G. VAN HOOF, *o.c.*, 488. Cf. J.E.S. FAWCETT, G. TENEKIDES, A.S. GÖZÜBÜYÜK, J.-C. SOYER en G. BATLINER, Opinion bij E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, p. 27.

²⁶¹ Cf. E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 27, § 55; E.C.R.M., nr. R 7114/75, 13 december 1979, *D.R.* nr. 24, p. 14, § 62; E.C.R.M., nr. R 8186/78, 10 juli 1980, *D.R.* nr. 24, p. (wordt vervolgd)

AFDELING 2. HET GESLACHTSVERSCHIL ALS VOORWAARDE VOOR HET HUWELIJK

§1. Probleemstelling

A. Vooropstelling : de heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk

157. Onverminderd de overige grondvoorwaarden die door de relevante nationale wetgeving kunnen worden bepaald, veronderstelt het door artikel 12 gewaarborgde recht om te huwen volgens de gevestigde rechtspraak van de Straatsburgse organen steeds een (geïstitutionaliseerde) relatie tussen twee personen van een verschillend geslacht.²⁶²

158. Het principieel heteroseksuele karakter van het huwelijk staat in onderhavige studie niet ter discussie.²⁶³ De vraag of het geslachtsverschil in de huidige maatschappelijke context nog verenigbaar kan worden geacht met artikel 12 (j^o 14) E.V.R.M.²⁶⁴, maakt het voorwerp uit van een afzonderlijk onderzoek, dat in wezen aan de hierna te bespreken problematiek voorafgaat. De bekwaamheid van transseksuelen om een huwelijk aan te gaan, hangt immers af van de criteria die door de Verdragsstaten worden toegepast om uit te maken tot welk geslacht de aanstaande echtgenoten behoren. Indien het geslachtsverschil niet langer als grondvoorwaarde

79, § 49; F. RIGAUX, 'Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées', (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *l.c.*, 137.

²⁶² E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 27, § 57; E.C.R.M., nr. R 7114/75, 13 december 1979, *D.R.* nr. 24, p. 16, § 71; E.C.R.M., nr. R 8186/78, 10 juli 1980, *D.R.* nr. 24, p. 81, § 60; E.C.R.M., nr. D 14753/89, 9 november 1989, *D.R.* nr. 63, p. 215; cf. E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 19, § 49; E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 17, § 43; E.C.R.M., nr. R 11095/84, 7 maart 1989, *D.R.* nr. 63, p. 47, § 40; E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, p. 195, § 66; E.C.R.M., nr. R 10843/84, 9 mei 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 51, § 45; A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed. Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 1995, nr. 700; F. RIGAUX, 'Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées', (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *l.c.*, 136; P. SENAËVE en E. COENE, *Geregistreerd Partnerschap*, Antwerpen, Maklu, 1998, 55; J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, 574; K. WAALDIJK, 'Zo niet getrouwd : hetero-huwelijk en bovenwettelijk discriminatieverbod', in M. MOERINGS en A. MATTIJSEN (eds.), *Homoseksualiteit en recht*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 63, zie C. ASSER en J. DE BOER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht* (hierna genoemd : *Handleiding*), I, *Personen- en familierecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1998, nrs. 103-105; K. DEKELVER, 'Homofiel huwelijk en homofiel gezin: juridische, filosofische en beleidsmatige kanttekeningen', *T.B.B.R.* 1996, 87-88; H. WILLEKENS, *Vrouwelijkheid, mannelijkheid en recht. Theoretische verkenningen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 196-201 en 361-362.

²⁶³ Zie H. WILLEKENS, *o.c.*, 196-198 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 10.

²⁶⁴ Zie hierover onder meer P. SENAËVE, 'Beschoouwingen rondom huwelijk, homoseksualiteit en institutionalisering van tweerelaties op de drempel van de 21ste eeuw', in F. FLEERACKERS (ed.), *Mens en Recht. Essays tussen rechtstheorie en rechtspraktijk. Liber Amicorum Jan M. Broekman*, Leuven. Peeters, 1997, 324-326; K. WAALDIJK, 'Zo niet getrouwd : hetero-huwelijk en bovenwettelijk discriminatieverbod', *l.c.*, 63-96.

voor een huwelijk in de zin van artikel 12 E.V.R.M. zou worden gehandhaafd, verliezen deze criteria elke betekenis in het huwelijksrecht, vermits het geslacht van elk van beide partners alsdan irrelevant wordt voor de geldigheid van het voorgenomen huwelijk.

B. Parameters bij de beoordeling van het geslachtsverschil

159. De toepassing van het geslachtsverschil als absolute huwelijksvereiste geeft aanleiding tot zeer complexe problemen bij tweerelaties waarbij één van de partners een transseksueel is. Transseksuelen kunnen immers in elk van de verschillende stadia van hun lichamelijke en/of juridische geslachtstransformatie wensen te huwen met een persoon van hetzij hun oorspronkelijke hetzij hun nieuwe sekse.

Een nadere beschouwing van de feitelijke omstandigheden die aan de beslissingen inzake het fundamentele recht op huwelijk van transseksuelen ten grondslag liggen, leert nochtans dat de verschillende mogelijke casussen steeds ontleed kunnen worden aan de hand van een beperkt aantal parameters.

Wat de transseksuele partner(s) betreft, wordt de mogelijkheid om een juridisch geldig huwelijk te sluiten in de eerste plaats gedetermineerd door de officiële kunne (dus in functie van het al dan niet bekomen hebben van een wijziging van de staat van de persoon). Doorgaans vereisen de nationale wetten dat de aanstaande echtgenoten een afschrift of uittreksel uit hun geboorteakte overleggen, dat geldt als een *prima facie* bewijs van hun juridische geslacht. De lichamelijke aanpassing van de transseksueel (het al dan niet ondergaan hebben van een geslachtsaanpassende behandeling) en zijn of haar oorspronkelijke biologische sekse (vrouw-naar-man-transseksueel of man-naar-vrouw-transseksueel) spelen echter eveneens een rol bij de beoordeling van de geoorloofdheid van het gewenste huwelijk. De feitelijke geslachtskenmerken stemmen bij een transseksueel immers niet noodzakelijk allemaal overeen met het juridische geslacht zoals dit blijkt uit de geboorteakte.²⁶⁵ De meest eenvoudige parameter is het juridische geslacht van de (eventuele) niet-transseksuele partner. Per definitie is dit geslacht onveranderlijk gebleven en stemt het overeen met de onderscheiden feitelijke geslachtskenmerken.

De combinatie van deze parameters leidt tot zesenvoertig mogelijke relatievormen²⁶⁶, die elk mogelijk een juridisch geldig huwelijk kunnen uitmaken. In welke van de verschillende

²⁶⁵ Hierbij kan worden gedacht aan twee situaties van een totaal verschillende aard : ofwel onderging de transseksueel een geslachtsaanpassende behandeling, maar bleef de geboorteakte ongewijzigd, ofwel verkreeg de betrokkene een wijziging van zijn staat, zonder voorafgaandelijk te zijn behandeld.

²⁶⁶ Zie de bijlage bij dit hoofdstuk.

hypotheses voldaan is aan de voorwaarde van het geslachtsverschil, is afhankelijk van de geslachtskenmerken die als doorslaggevend worden beschouwd bij de bepaling van de sekse met het oog op een huwelijk.

§2. Door de Straatsburgse organen behandelde hypotheses

A. De zaken Van Oosterwijck, Rees, Cossey, W. en Sheffield en Horsham

1. Overzicht

160. In de zaken *Van Oosterwijck tegen België* en *Rees tegen het Verenigd Koninkrijk* argumenteerden de verzoekers, beiden post-operatieve vrouw-naar-man-transseksuelen met een ongewijzigde staat, dat hun recht om te huwen werd geschonden omdat zij *de facto* van een juridisch geldig huwelijk werden uitgesloten.²⁶⁷ Omwille van hun heteroseksuele geaardheid voelden zij zich niet aangetrokken tot een man, terwijl hun officiële kunne een beletsel vormde voor een huwelijk met een vrouw. Een gelijkaardige problematiek deed zich voor in de zaken-*Cossey, W.*, en *Sheffield en Horsham tegen het Verenigd Koninkrijk*. Deze gevallen betroffen man-naar-vrouw-transseksuelen die na een geslachtsaanpassende behandeling in het huwelijk wilden treden met een man.

161. Voorafgaandelijk kan de vraag worden gesteld of het huwelijksbeletsel in deze hypotheses niet automatisch vervalt door een wijziging van de geboorteakte van de transseksuele partner.

In de zaken-*Van Oosterwijck tegen België* en *Rees tegen het Verenigd Koninkrijk* hebben enkele leden van de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens de stelling verdedigd dat er geen afzonderlijke schending van artikel 12 E.V.R.M. kan worden vastgesteld. Het feit dat een transseksueel *in casu* geen huwelijk kon aangaan met iemand van zijn of haar oorspronkelijke geslacht, vloeide volgens hen alleen voort uit de weigering van de nationale overheid om de geslachtsverandering te erkennen, en is derhalve een rechtstreeks gevolg van de miskennis van het recht op privé-leven van de transseksueel.²⁶⁸

²⁶⁷ Zie F. RIGAUX, 'Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées', (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *l.c.*, 131-133.

²⁶⁸ J.A. FROWEIN en S. TRECHSEL, Dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 31; J.A. FROWEIN, E. BUSSUTIL, S. TRECHSEL, J.A. CARILLO en H.G. SCHERMERS, Opinion bij E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, p. 26; zie ook E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 61; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 61.

Deze gedachtengang kan niet worden gevolgd. Het feit dat de geboorteakte van een post-operatieve transseksueel wordt aangepast aan diens nieuwe uiterlijk, betekent nog niet noodzakelijk dat hij of zij kan huwen met iemand van zijn of haar oorspronkelijke geslacht. De nationale overheid kan immers nog bijkomende grondvoorwaarden opleggen, waardoor transseksuelen *de facto* worden uitgesloten van dergelijk huwelijk.²⁶⁹ Hierbij moet met name worden gedacht aan de wijze waarop het geslacht in functie van een voorgenomen huwelijk wordt bepaald, alsmede aan huwelijksbeletselen als impotentie en onvruchtbaarheid.

Bovendien zijn het huwelijk en het stichten van een familie bijzondere gebeurtenissen in het leven van een individu, die de loutere eerbiediging van het privé- en gezinsleven overstijgen.²⁷⁰ Door het aangaan van een huwelijk vormen de huwelijkspartners immers een juridisch en sociaal erkende unie, met specifieke rechten en verplichtingen.

2. Eerste stelling : het geslacht als statisch gegeven

a) Het genetische geslacht als enig determinerend geslachtskenmerk.

162. Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt het recht op huwelijk van een post-operatieve transseksueel niet in zijn kern aangetast door het verbod om te huwen met een persoon van de oorspronkelijke (feitelijke) sekse.²⁷¹ Uitgaande van een restrictieve benadering van het instituut huwelijk, stelt het Hof dat artikel 12 E.V.R.M slechts een recht op huwelijk garandeert aan twee personen van een “tegengesteld biologisch geslacht”.²⁷²

²⁶⁹ E.C.R.M., nr. R 10843/84, 9 mei 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 50, § 43; J.E.S. FAWCETT, G. TENEKIDES, A.S. GÖZÜYÜK, J.-C. SOYER en G. BATLINER, Opinion bij E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, p. 27; L. LOUCAIDES, Gedeeltelijke dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg.; cf. P. VAN DIJK en G. VAN HOOFF, *o.c.*, 500-501.

²⁷⁰ L. LOUCAIDES, Gedeeltelijke dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg.

²⁷¹ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 19, § 50; E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 17, § 43 en p. 18, § 46; E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Law Reports* 1999, p. 195, § 66; E.C.R.M., nr. R 11095/84, 7 maart 1989, *D.R.* nr. 63, p. 47, § 40; H. DANIELIUS, H., bijgetreden door A. WEITZEL, H. VANDENBERGHE, Sir Basil HALL en J. LIDDY, Dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 10843/84, 9 mei 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 53; J. LIDDY, Gedeeltelijke dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg.; J. LIDDY, Gedeeltelijke dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg.; L. LOUCAIDES, Gedeeltelijke dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg.; L. LOUCAIDES, Gedeeltelijke dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg.; cf. F. MARTINEZ Dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 10843/84, 9 mei 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 54.

²⁷² E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 19, § 49; E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 17, § 43 en p. 18, § 46; E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Law Reports* 1999, p. 195, § 66; E.C.R.M., nr. R 11095/84, 7 maart 1989, *D.R.* nr. 63, p. 47, § 40; L. LOUCAIDES, Gedeeltelijke dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, (wordt vervolgd)

Met het begrip “biologisch geslacht” lijkt het Europese Hof impliciet te verwijzen naar de opvattingen van OMROD J. in de Engelse zaak-*Corbett v. Corbett*.²⁷³ Men dient derhalve aan te nemen dat deze term moet worden gedefinieerd als de biologische geslachtsconstellatie, zoals die bij de geboorte reeds is vastgelegd.²⁷⁴ Anders gesteld, twee personen kunnen slechts een juridisch geldig huwelijk sluiten indien zij een tegengesteld genetisch geslacht bezitten.²⁷⁵ Aangezien de geslachtsaanpassende behandeling geen invloed heeft op de chromosomen van een transseksueel, blijft diens sekse voor wat het huwelijk betreft onveranderlijk, en kan hij niet geldig trouwen met een persoon van zijn oorspronkelijke (genetische) geslacht.²⁷⁶

163. De vraag rijst evenwel waarom het Hof de chromosomale constitutie bij uitsluiting verkiest boven de andere geslachtskenmerken. In de huidige stand van de wetenschap wordt de sekse immers bepaald aan de hand van *alle* gekende lichamelijke en psychosociale criteria.²⁷⁷ Daarnaast komen verschillende genetische afwijkingen voor, zodat niet kan worden volgehouden dat het karyotype²⁷⁸ een ondubbelzinnig en geheel sluitend criterium uitmaakt.

De stellingname van het Hof leidt daarenboven tot volstrekt onaanvaardbare gevolgen. Indien men het genetische geslachts criterium hanteert, kan een transseksueel die na het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling morfologisch alle kenmerken vertoont van de andere sekse, en zich psychosociaal volledig in zijn nieuwe geslachtsrol heeft ingeleefd, geldig huwen met een (niet-transseksuele) persoon behorende tot zijn nieuwe feitelijke

onuitg.; L. LOUCAIDES, Gedeeltelijke dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg.; F. MARTINEZ, Dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 10843/84, 9 mei 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 54.

²⁷³ S.K. MARTENS, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 30, § 4.3.2; F. RIGAUX, ‘Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l’homme : une suite d’occasions manquées’, (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *l.c.*, 131-133.

²⁷⁴ S.K. MARTENS, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 30, § 4.3.2.

²⁷⁵ P. BOUCAULD, ‘Le droit de se marier’, *Rev. tr. Dr. Hom.* 1992, 15-16; D. FELDMAN, *o.c.*, 497-499; J.-F. RENUCCI, ‘Droit européen des droits de l’homme’, *D.* 1992, Som., 325; WILLEKENS, H., *o.c.*, 214; cf. M. LEVINET, *l.c.*, 660-661; zie J.K. MASON, *Medico-legal aspects of reproduction and parenthood*, Aldershot, Ashgate, 1998, 8-9.

²⁷⁶ Cf. G. SPERDUTI en B. KIERNAN, Dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 30; zie S.K. MARTENS, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 32, § 4.3.2.-4.3.4.

²⁷⁷ Zie *supra*, nrs. 3-7.

²⁷⁸ Dit is het karakter (aantal, lengte en andere kenmerken) van de chromosomen.

geslacht.²⁷⁹ Nochtans zal dergelijke relatie maatschappelijk worden gepercipieerd als een huwelijk tussen twee personen van hetzelfde fenotypische geslacht.

164. Vermits de keuze voor het genetische geslachtskenmerk niet wordt gefundeerd door objectief wetenschappelijke en/of juridisch-technische argumenten, moet worden nagegaan welke *maatschappelijk-ideologische* motieven aan de basis liggen van de beslissing van het Straatsburgse Hof. Vervolgens dient een afweging plaats te vinden tussen deze waarden en het fundamentele recht van een post-operatieve transseksueel om te huwen en een gezin te stichten. Slechts indien de maatschappelijk-ideologische bezwaren tegen dit huwelijk zwaarder doorwegen dan het individuele recht van de betrokkene, kan de essentiële aantasting van het recht om te huwen worden gerechtvaardigd.²⁸⁰

b) Motivering

i) DE VERWIJZING NAAR HET TRADITIONELE HUWELIJK

165. De biologisch-genetische geslachtsdeterminatie vindt haar grondslag in de eerste plaats in het traditionele²⁸¹ huwelijksconcept.²⁸² De gevolgde redenering kan worden verduidelijkt in de vorm van een syllogisme. Als premissen gelden enerzijds de assumptie dat de opstellers van het Europese Verdrag zijn uitgegaan van het traditionele huwelijk tussen twee personen van een verschillend biologisch geslacht²⁸³, en anderzijds de vaststelling²⁸⁴ dat het aantal

²⁷⁹ T. GARÉ, noot onder E.H.R.M., arrest B. / Frankrijk van 25 maart 1992, *J.C.P.* 1992, II, nr. 21.955, p. 418; M. JÉOL, concl. onder Cass. fr. 11 december 1992, *J.C.P.* 1993, II, nr. 21991, p. 45; J.F. RENUCCI, *l.c.*, 326; F. RIGAUX, 'Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées', (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *l.c.*, 141-142; cf. J.K. MASON, *o.c.*, 11; zie ook M. GOBERT 'Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister', *J.C.P.* 1990, I, nr. 3475.

²⁸⁰ H.G. SCHERMERS, Dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 11095/84, 7 maart 1989, *D.R.* nr. 63, p. 49-50; cf. E.H.R.M., arrest F. / Zwitserland van 18 december 1987, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 128, p. 17, § 36; P. VAN DIJK en G. VAN HOOF, *o.c.*, 493.

²⁸¹ Hiermee wordt bedoeld de op de christelijke traditie geïnspireerde notie van het huwelijk als een monogame, heteroseksuele, op de voortplanting gerichte, contractuele levensgemeenschap. Zie K. DEKELVER, *l.c.*, 96-101; P. SENAËVE, 'Beschouwingen rondom huwelijk, homoseksualiteit en institutionalisering van tweerelaties op de drempel van de 21ste eeuw', *l.c.*, 314 en 317-318.

²⁸² E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 19, § 49; E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 17, § 43 en p. 18, § 46; E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Law Reports* 1999, p. 195, § 66; E.C.R.M., nr. R 11095/84, 7 maart 1989, *D.R.* nr. 63, p. 47, § 40.

²⁸³ E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Law Reports* 1999, p. 195, § 67.

Verdragsstaten dat een huwelijk tussen een post-operatieve transseksueel en iemand van diens oorspronkelijke geslacht geldig acht, onvoldoende groot is om te besluiten dat de Europese Staten afstand nemen van het klassieke huwelijksbegrip. Hieruit leidt het Europese Hof voor de Rechten van de Mens af dat het de nationale overheid vrij staat om het traditionele huwelijk te behouden, en in het kader van de door artikel 12 E.V.R.M. verleende beleidsvrijheid te vereisen dat de aanstaande echtgenoten een verschillend biologisch geslacht hebben.²⁸⁵

166. Deze motivering verklaart op zichzelf echter niet waarom aan het genotype een doorslaggevend gewicht moet worden toegekend bij de bepaling van het geslacht in het kader van de huwelijksluiting. Zoals hoger reeds werd gesteld, onderkent de medische wetenschap het bestaan van verschillende lichamelijke geslachtskenmerken.²⁸⁶ In het geval van de transseksueel ontstaat er na het ondergaan van de heelkundige ingrepen een discordantie tussen deze kenmerken onderling. Met uitzondering van het genetische criterium, worden de onderscheiden fysieke attributen van de sekse door de medische behandeling immers alle aangepast aan de geslachtsbeleving. Zelfs indien men alleen de biologische kenmerken in aanmerking neemt bij de bepaling van de sekse in functie van een voorgenomen huwelijk, dient nog steeds een gefundeerde afweging te maken tussen deze kenmerken om na te gaan tot welke kunne een post-operatieve transseksueel behoort.²⁸⁷ Het hoger beschreven syllogisme kan dan ook hoogstens aantonen dat een Verdragsstaat niet gehouden is om de gender-identiteit en de genderrol te laten prevaleren boven de fysieke sekse. Het doet evenwel geen afbreuk aan het arbitraire karakter van de voorkeur voor de chromosomen als doorslaggevend geslachts criterium.²⁸⁸

Die voorkeur wordt des te problematischer indien men bedenkt dat het genetische geslacht *de facto* geen rol zal spelen bij de partnerkeuze. Een heteroseksuele persoon zal precies een partner kiezen met een tegengestelde morfologische en psychosociale sekse, ongeacht de

²⁸⁴ E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 18, § 46.

²⁸⁵ E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 18, § 46; E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Law Reports* 1999, p. 195, § 67.

²⁸⁶ *Supra*, nrs. 4-5.

²⁸⁷ S.K. MARTENS, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 32-23, § 4.5.1.; cf. T. GARÉ, *l.c.*, 418.

²⁸⁸ S.K. MARTENS, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 32-33, § 4.5.1.

chromosomale constellatie, die op geen enkel ogenblik uiterlijk waarneembaar is.²⁸⁹ De negatie van de gevolgen van de geslachtsaanpassende behandeling heeft derhalve als consequentie dat een heteroseksuele transseksueel *de facto* van het huwelijk wordt uitgesloten, hoewel hij morfologisch en psychosociaal niet verschilt van een niet-transseksueel persoon behorende tot zijn "nieuwe sekse".²⁹⁰

ii) PROCREATIE ALS DOELSTELLING VAN HET HUWELIJK

167. Het tweede luik van de motivering is gebaseerd op de sociale doelstelling van het instituut huwelijk. Het Hof sluit zich in dit verband aan bij de mening van vijf leden van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens²⁹¹, die van oordeel waren dat het stichten van een familie als het essentiële doel van het huwelijk moet worden beschouwd.²⁹² De fysieke mogelijkheid tot voortplanting is in deze visie inherent aan het door artikel 12 E.V.R.M. gewaarborgde recht om te huwen. Dit recht kan derhalve worden ontzegd aan personen die ten gevolge van een lichamelijke geslachtstransformatie definitief onvruchtbaar zijn geworden.²⁹³

Het Europese Hof evenals de vijf Commissieleden deduceren deze klassieke interpretatie uit de bewoordingen van artikel 12 E.V.R.M.²⁹⁴ Zowel het geslachtsverschil ("mannen en

²⁸⁹ Cf. H. WILLEKENS, *o.c.*, 214.

²⁹⁰ *Ibid.*, 215; P. VAN DIJK, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Law Reports* 1999, p. 210, § 8; L. WILDHABER, Verklaring bij E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Law Reports* 1999, p. 211; cf. E. PALM, I. FOIGHEL en R. PEKKANEN, Gezamenlijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 43-44, § 5; D. FELDMAN, *o.c.*, 502-503.

²⁹¹ J.E.S. FAWCETT, G. TENEKIDES, A.S. GÖZÜBÜYÜK, J.-C. SOYER en G. BATLINER, Opinion bij E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, p. 27-28.

²⁹² E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 19, § 49; E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 17, § 43 en p. 18, § 45; cf. E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Law Reports* 1999, p. 195, § 66; L. LOUCAIDES, Gedeeltelijke dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg.; L. LOUCAIDES, Gedeeltelijke dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg.; zie ook E.C.R.M., nr. R 11095/84, 7 maart 1989, *D.R.* nr. 63, p. 47, § 40; H. WILLEKENS, *o.c.*, 252-254. Over de (moraal)filosofische en religieuze achtergronden van deze stelling: K. DEKELVER, *l.c.*, 96-101.

²⁹³ J.E.S. FAWCETT, G. TENEKIDES, A.S. GÖZÜBÜYÜK, J.-C. SOYER en G. BATLINER, Opinion bij E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 89, p. 27-28.

²⁹⁴ E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 106, p. 19, § 49; E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 17, § 43 en p. 18, § 45; E.H.R.M., arrest Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk van 30 juli 1998, *European Human Law Reports* 1999, p. 195, § 66; J.E.S. FAWCETT, G. TENEKIDES, A.S. GÖZÜBÜYÜK, J.-C. SOYER en G. BATLINER, Opinion bij E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Publ. Eur.* (wordt vervolgd)

vrouwen”) als de leeftijdsvereiste (“van huwbare leeftijd”) zouden een indicatie vormen dat de vruchtbaarheid als een essentiële voorwaarde voor het huwelijk geldt.

168. Dit argument kan niet worden bijgetreden. De Europese Conventie moet overeenkomstig de vaste rechtspraak van het Straatsburgse Hof worden geïnterpreteerd in het licht van de hedendaagse maatschappelijke opvattingen. De gelijkschakeling van kinderen geboren binnen en buiten het huwelijk, de mogelijkheid om de conceptie te beheersen en de toenemende juridische waardering van buitenhuwelijkse tweerelaties tonen aan dat het stichten van een familie niet langer als het exclusieve voorrecht van gehuwde koppels wordt beschouwd.²⁹⁵ De sociale functie van het huwelijk kan derhalve niet worden gereduceerd tot een louter wettelijk kader voor het baren en opvoeden van nakomelingen.²⁹⁶ Indien het huwelijk hoofdzakelijk gericht zou zijn op de voortplanting, zou het door het veranderende maatschappijbeeld zijn voornaamste bestaansredenen hebben verloren.

In onze rechtscultuur is het huwelijk in essentie een *juridisch en maatschappelijk erkende en georganiseerde, duurzame samenlevingsvorm*, die in de eerste plaats gebaseerd is op de wederzijdse en exclusieve affectie en seksualiteit (affectief-emotionele functie), evenals op de materiële en morele steun van de echtgenoten jegens elkaar (sociaal-economische functie).²⁹⁷

Court H.R., Serie B, nr. 89, p. 27-28; G. COHEN-JONATHAN, G., *o.c.*, 355-356; zie ook *E.C.R.M.*, nr. R 11095/84, 7 maart 1989, *D.R.* nr. 63, p. 47, § 40.

²⁹⁵ M.J.A. VAN MOURIK, ‘Het huwelijk’, in W.C.E. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, G.P. HOEFNAGELS, M.J.A. VAN MOURIK en W.C.J. ROBERT (eds.), *Het Huwelijk*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, 13.

²⁹⁶ *E.C.R.M.*, nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 28, § 59; S.K. MARTENS, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 33, § 4.5.2.; H.G. SCHERMERS, Dissenting opinion bij *E.C.R.M.*, nr. R 11095/84, 7 maart 1989, *D.R.* nr. 63, p. 50; W. DELVA, *Personen- en familierecht*, Gent, Story-Scientia, 1983, 127-131 en 135; J.C.M. ELDERS, ‘Het huwelijk als juridische paradox’, in W.C.E. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, G.P. HOEFNAGELS, M.J.A. VAN MOURIK en W.C.J. ROBERT (eds.), *Het Huwelijk*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, 84; A. HEYVAERT, *o.c.*, nrs. 379-380; L. ZWAAK, noot onder E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, 557; E. COENE, ‘Geloof als echtscheidingsgrond’, (noot onder Rb. Doornik 30 juni 1997), *E.J.* 1998, 94; cf. E. GULDIX, ‘De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht’, *R.W.* 1993-94, 1108; P. VAN DIJK en G. VAN HOOFF, *o.c.*, 491. Procreatie is slechts een mogelijk, maar geenszins noodzakelijk gevolg van het huwelijk : H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge* (hierna verkort geciteerd als : *Traité*), II/1, *Les Personnes*, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 487.

²⁹⁷ *E.C.R.M.*, nr. R 7114/75, 13 december 1979, *D.R.* nr. 24, p. 16, § 71; *E.C.R.M.*, nr. R 8186/78, 10 juli 1980, *D.R.* nr. 24, p. 81, § 60; *E.C.R.M.*, nr. R 10843/84, 9 mei 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 50, § 43; S.K. MARTENS, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 33, § 4.5.2.; G. COHEN-JONATHAN, *o.c.*, 355-356; J.L.M. ELDERS, ‘Het huwelijk als juridische paradox’, *l.c.*, 83-85; D. FELDMAN, *o.c.*, 498-499; A. HEYVAERT, *o.c.*, nrs. 378-380; M.J.A. VAN MOURIK, ‘Huwelijk en relatie. Het huwelijk als juridisch instituut geconfronteerd met de twee-relatie als sociaal verschijnsel’, in X. (ed.), *Huwelijk en relatie*, Deventer, Kluwer, 1983, 8 en 10; zie ook P. SENAËVE, *Compendium*, nrs. 1487-1497. Cf. C. ASSER en J. DE BOER, *Handleiding*, I, nrs. 105-106; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/1, nr. 485; P.L. DIJK, ‘De betekenis van de geschiedenis van het huwelijk voor de toekomst van het wettelijk huwelijk’, in W.C.E. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, G.P. HOEFNAGELS, (wordt vervolgd)

Deze grondbeginselen vinden hun wettelijke weerslag onder meer in de getrouwheidsverplichting en de verplichting tot hulp en bijstand, die ten gevolge van het huwelijk tussen de huwelijkspartners onderling ontstaan, ongeacht het feit of uit hun relatie al dan niet kinderen worden geboren.²⁹⁸ Het instituut huwelijk fungeert tevens als aanknopingspunt voor diverse wetten en reglementeringen die aan de echtgenoten bepaalde rechten verlenen of plichten opleggen.²⁹⁹ De eventuele onvruchtbaarheid van de echtgenoten doet daarbij geen afbreuk aan de huwelijkse staat noch aan de rechten en verplichtingen die er uit voortvloeien.³⁰⁰

In se bestaat er dus geen enkel onderscheid tussen de hypothese waarin een post-operatieve transseksueel met een ongewijzigde staat wenst te huwen met een persoon van zijn oorspronkelijk biologisch-genetisch geslacht, en de hypothese waarin twee niet-transseksuele personen met een tegengesteld genotype wensen te huwen hoewel zij hetzij onvruchtbaar zijn³⁰¹, hetzij bewust geen kinderen wensen. Vermits laatstgenoemde personen zonder enige twijfel het recht hebben om te huwen, kan men onmogelijk volhouden dat het eerstgenoemde huwelijk niet zou worden beschermd door artikel 12 E.V.R.M.³⁰²

Het stichten van een gezin impliceert overigens niet dat beide huwelijkspartners in staat moeten zijn tot procreatief geslachtsverkeer. Naast de mogelijkheid om kinderen te

M.J.A. VAN MOURIK en W.C.J. ROBERT (eds.), *Het Huwelijk*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, 44-48; M. LEVINET, *l.c.*, 662-663.

²⁹⁸ Zoals reeds door DELVA werd beklemtoond gaat de band tussen de echtgenoten vooraf aan de band ouders-kinderen. De associatiegedachte staat centraal in het moderne huwelijk dat in essentie gericht is op het gezinswelzijn dat het welzijn van beide huwelijkspartners tot kern heeft : W. DELVA, *o.c.*, 128-131. Cf. A. HEYVAERT, *o.c.*, nr. 380.

²⁹⁹ E.C.R.M., nr. R 10843/84, 9 mei 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 50, § 43; M.J.A. VAN MOURIK, 'Huwelijk en relatie. Het huwelijk als juridisch instituut geconfronteerd met de twee-relatie als sociaal verschijnsel', *l.c.*, 7-8.

³⁰⁰ M. LEVINET, *l.c.*, 666; J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, 576; L. ZWAAK, noot onder E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, 557.

³⁰¹ De onvruchtbaarheid belet niet dat deze personen nog steeds als man *casu quo* vrouw zullen worden gekwalificeerd : H. WILLEKENS, *o.c.*, 301.

³⁰² E. PALM, I. FOIGHEL en R. PEKKANEN, Gezamenlijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 44, § 5; E.C.R.M., nr. R 10843/84, 9 mei 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 51, § 45; H.G. SCHEMERS, Dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 11095/84, 7 maart 1989, *D.R.* nr. 63, p. 50; cf. J.K. MASON, *o.c.*, 14-15; S.K. MARTENS, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 32, § 4.4.3.; S. RODOTÀ, 'Présentation générale des problèmes liés au transsexualisme', in X. (ed.), *Transsexualisme, médecine et droit. Actes XXX^e Colloque de droit européen*, Strasbourg. Editions du Conseil de l'Europe, 1995, 24, P. VAN DIJK en G. VAN HOOFF, *o.c.*, 491.

adopter³⁰³, bieden de medisch begeleide bevruchtingstechnieken en het draagmoederschap een uitkomst voor steriele paren die toch kinderen wensen.³⁰⁴ De “natuurlijke” vruchtbaarheid van beide partners is bijgevolg geen vereiste om een juridisch geldig huwelijk te sluiten.³⁰⁵

3. Tweede stelling: het geslacht als evolutief gegeven

a) De globale beoordeling van het geslachtstoebehoren

169. Een meer dynamische interpretatie van artikel 12 E.V.R.M. en van het geslachtsverschil als huwelijksvereiste werd verdedigd door de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in de zaken *Van Oosterwijck tegen België* en *Cossey tegen het Verenigd Koninkrijk*. In beide gevallen nam de Commissie zowel de onderscheiden lichamelijke geslachtskenmerken als het psychosociale criterium in aanmerking bij de beoordeling van het geslachtstoebehoren van de huwelijkspartners.

De Commissie voerde aan dat de sekse ingevolge de ontwikkeling van de medische inzichten niet meer als onveranderlijk kan worden beschouwd.³⁰⁶ De absolute onveranderlijkheid van de geslachtsdeterminatie aan de hand van de waarneembare fysieke kenmerken ten tijde van de geboorte komt door deze ontwikkeling op de helling te staan. Indien in de loop van de ontwikkeling van een individu blijkt dat de kenmerken van de officiële kunne grotendeels werden verdrongen door de kenmerken van de andere sekse, moet met het oog op een eventueel huwelijk de geslachtsbepaling worden herzien.

³⁰³ E.C.R.M., nr. D 7229/75, 15 december 1977, *D.R.* nr. 12, p. 34; E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 28, § 59; L. ZWAAK, noot onder E.H.R.M., arrest Rees / Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, *l.c.*, 557; F. RIGAUX, ‘Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l’homme : une suite d’occasions manquées’, (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *l.c.*, 142; cf. H.G. SCHERMERS, Dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 11095/84, 7 maart 1989, *D.R.* nr. 63, p. 50.

³⁰⁴ F. RIGAUX, ‘Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l’homme : une suite d’occasions manquées’, (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *l.c.*, 142.

³⁰⁵ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 28, § 59; F. RIGAUX, ‘Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l’homme : une suite d’occasions manquées’, (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *l.c.*, 142; H. WILLEKENS, *o.c.*, 319-320.

³⁰⁶ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 27-28, § 57.

Bijgevolg heeft een transseksueel het recht om te huwen met iemand van zijn oorspronkelijke geslacht, indien zijn morfologie hormonaal en heelkundig is aangepast aan zijn genderidentiteit en hij ook sociaal wordt aanvaard als een lid van zijn nieuwe sekse.³⁰⁷

b) *Voorwaarden*

i) HET ONDERGAAN VAN EEN GESLACHTSAANPASSENDE BEHANDELING

170. Het eigene aan de hier besproken hypothesen bestaat erin dat de transseksuele partner telkens een geslachtsaanpassende behandeling had ondergaan.³⁰⁸ Het is precies deze behandeling die de morfologische en hormonale geslachtskenmerken in overeenstemming brengt met de genderidentiteit en de nieuwe geslachtsrol, waardoor de kenmerken van de “nieuwe” sekse gaan primeren. In het huwelijksrecht kan de beslissing dat een transseksueel behoort tot de andere sekse dan diegene die hem oorspronkelijk was toegekend, dan ook niet worden getransponeerd naar hypothesen waarin de transseksuele partner(s) geen medische behandeling hebben ontvangen. Noch de innerlijke overtuiging te behoren tot het andere geslacht noch de maatschappelijke acceptatie van dit gegeven volstaan op zichzelf om een geldig huwelijk in de gewenste geslachtsrol aan te gaan.

171. De feiten die aan de zaken-*Van Oosterwijck tegen België* en *Cossey tegen het Verenigd Koninkrijk* ten grondslag liggen, laten overigens niet toe om de voorwaarde van de lichamelijke conversie ruim te interpreteren. Bij de respectieve verzoekers werden de oorspronkelijke morfologische en gonadische geslachtskenmerken operatief verwijderd en leidde de toediening van hormonen en de heelkundige ingrepen tot de ontwikkeling en de constructie van primaire en secundaire kenmerken van het tegengestelde geslacht.³⁰⁹ Tegen deze feitelijke achtergrond lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat een transseksueel slechts kan

³⁰⁷ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 28, § 58-60; E.C.R.M., nr. R 10843/84, 9 mei 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie nr. 184, p. 51, § 45-46; E. PALM, I. FOIGHEL en R. PEKKANEN, Gezamenlijke dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest *Cossey / Verenigd Koninkrijk* van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 44, § 5; D. FELDMAN, *o.c.*, 498; T. GARÉ, *l.c.*, 418; F. RIGAUX, ‘Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l’homme : une suite d’occasions manquées’, (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *l.c.*, 142; cf. G.H. THUNE, J.-C. GEUS, J. MUCHA, P. LORENZEN en K. HERNDL, Gezamenlijke dissenting opinion bij E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg.

³⁰⁸ Zie E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 14-16, § 12-17; E.H.R.M., arrest *Cossey / Verenigd Koninkrijk* van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 7-8, § 9-11; cf. F. RIGAUX, ‘Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l’homme : une suite d’occasions manquées’, (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *l.c.*, 139.

³⁰⁹ Zie vorige noot.

huwen nadat de lichamelijke geslachtstransformatie volledig is voltooid.³¹⁰ De Commissie onderstreepte deze stelling door te overwegen dat de behandeling de discrepantie tussen het uiterlijk en de geslachtsbeleving zo veel als mogelijk beperkt.³¹¹ Hieruit zou men zelfs kunnen afleiden dat artikel 12 E.V.R.M. de nationale overheden toelaat te vereisen dat bij vrouw-naar-man-transseksuelen een falloplastiek wordt uitgevoerd.

ii) DE ONVRUCHTBAARHEID EN DE IMPOTENTIE ALS MOGELIJKE HUWELIJSBELETSELEN

172. Zoals hoger reeds werd uiteengezet, is de vruchtbaarheid van de aanstaande echtgenoten geen essentiële voorwaarde voor het aangaan van een huwelijk.³¹² De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens lijkt echter wel een voorbehoud te maken met betrekking tot de impotentie.³¹³ Vooral bij vrouw-naar-man-transseksuelen zou de impotentie een belangrijk huwelijksbeletsel vormen, aangezien een neofallus, voor zover die reeds wordt geconstrueerd, in de meeste gevallen niet functioneel zal zijn. Slechts zeer uitzonderlijk zal een vrouw-naar-man-transseksueel in staat zijn tot heteroseksueel geslachtsverkeer.³¹⁴ Indien de mogelijkheid tot *consumatio* als grondvoorwaarde voor het huwelijk wordt gesteld, zou deze categorie van transseksuelen derhalve het recht om te huwen worden uitgesloten.

Men kan hierbij de kanttekening plaatsen dat het huwelijk niet alleen moet worden losgekoppeld van het stichten van een familie, maar tevens van de seksuele penetratie.³¹⁵ Seksualiteitsbeleving binnen het huwelijk veronderstelt niet noodzakelijk het hebben van heteroseksueel geslachtsverkeer. Het ontbreken of het niet functioneren van een falloplastiek zou derhalve een huwelijk niet in de weg staan.³¹⁶ Dit neemt echter niet weg dat de andere

³¹⁰ E.C.R.M., nr. R 10843/84, 9 mei 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 51, § 46; G. COHEN-JONATHAN, *o.c.*, 355; cf. S.K. MARTENS, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 33, § 4.6.

³¹¹ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 28, § 58.

³¹² *Supra*, nrs. 167-168.

³¹³ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 28, § 58-59. De Commissie benadrukte dat Daniël Van Oosterwijck een falloplastiek had ondergaan waardoor hij seksuele relaties kon aangaan. Ook in de zaak-Cossey tegen het Verenigd Koninkrijk bleek uit de voorgelegde medische rapporten dat heteroseksueel geslachtsverkeer mogelijk was.

³¹⁴ Zie *supra*, nrs. 61-62.

³¹⁵ M. LEVINET, *l.c.*, 666; F. RIGAUX, 'Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées', (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *l.c.*, 142; cf. M. KEMPEN, 'Zelfbeschikking en procreatie binnen het huwelijk', in J. VELAERS (ed.), *Over zichzelf beschikken ? Juridische en etische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 223.

³¹⁶ S.K. MARTENS, Dissenting opinion bij E.H.R.M., arrest Cossey / Verenigd Koninkrijk van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 33, § 4.5.2.; G. COHEN-JONATHAN, *o.c.*, 355; H. DE PAGE en J.-(wordt vervolgd)

echtgenoot bescherming verdient tegen het bewust verzwijgen van de impotentie. Artikel 12 E.V.R.M. verzet er zich mijns inziens niet tegen dat aan de "bedrogen" echtgenoot een persoonlijke vordering tot nietigverklaring van het huwelijk wordt toegekend indien hij voorafgaand aan het huwelijk niet op de hoogte was van de impotentie van zijn partner.³¹⁷

B. De zaak-Eriksson & Goldschmidt

173. De zaak-Eriksson & Goldschmidt tegen Zweden illustreert dat de strikt genetische geslachtsdeterminatie die door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens wordt voorgestaan, niet houdbaar is. *In casu* was de eerste verzoekster een man-naar-vrouw-transseksueel die geen enkele vorm van medische behandeling had ondergaan, maar niettemin conform de Zweedse wetgeving een juridische geslachtsverandering had bekomen.³¹⁸ Het voorgenomen huwelijk met tweede verzoekster, een (niet-transseksuele) vrouw, werd door de Zweedse autoriteiten geweigerd op grond van het feit dat beide verzoeksters behoorden tot het vrouwelijke geslacht.³¹⁹

Voor de voormalige Europese Commissie stelden de verzoeksters dat deze weigering een schending van artikel 12 E.V.R.M. inhield, aangezien zij op grond van het genetische geslachts criterium niet tot dezelfde sekse konden worden gerekend.

De Commissie overwoog evenwel dat de partners met het oog op het sluiten van een huwelijk geen verschillend geslacht bezitten, indien een van hen ingevolge een door de nationale wet erkende wilsuiting, dezelfde officiële kunne heeft verworven als de andere.³²⁰ Het tegengestelde karyotype deed volgens de Europese Commissie geen afbreuk aan het feit dat de eerste verzoekster om medische en psychologische redenen de vrouwelijke geslachtsrol had aangenomen, een wijziging die door de Zweedse autoriteiten juridisch was bevestigd. De klacht van Eriksson en Goldschmidt werd bijgevolg onontvankelijk verklaard.

P. MASSON, *Traité*, II/1, nr. 487; D. FELDMAN, *o.c.*, 498-499; J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, 574-575. Cf. E.C.R.M., nr. R 7114/75, 13 december 1979, *D.R.* nr. 24, p. 16, § 71; E.C.R.M., nr. R 8186/78, 10 juli 1980, *D.R.* nr. 24, p. 81, § 60. In beide zaken stelde de Europese Commissie: "The essence of the right to marry, in the Commission's opinion, is the formation of a legally binding association between a man and woman. It is for them to decide whether or not they wish to enter such an association in circumstances where they cannot cohabit."

³¹⁷ W. DELVA, *o.c.*, 136; D. FELDMAN, *o.c.*, 488-499; F. RIGAUX, 'Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées', (noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997), *l.c.*, 142.

³¹⁸ E.C.R.M., nr. D 14573/89, 9 november 1989, *D.R.* nr. 63, p. 214.

³¹⁹ E.C.R.M., nr. D 14573/89, 9 november 1989, *D.R.* nr. 63, p. 214.

³²⁰ E.C.R.M., nr. D 14573/89, 9 november 1989, *D.R.*, nr. 63, p. 215-216.

174. Deze beslissing kan volledig worden bijgetreden. Indien de geslachtsbeleving van de aanstaande echtgenoten dezelfde is, kan hun relatie bezwaarlijk worden gepercipieerd als heteroseksueel.

Het nastreven en het bekomen van een juridische geslachtswijziging toont mijns inziens voldoende aan dat men de diepgewortelde en onomkeerbare overtuiging bezit, te behoren tot de andere sekse dan diegene die oorspronkelijk bij de geboorte werd toegekend. De beslissing van de Commissie creëert dan ook terecht een onweerlegbaar vermoeden dat een transseksueel door de formele geslachtswijziging psychologisch behoort tot de nieuw verworven kunne. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor de lichamelijke geslachtstransformatie : wanneer de hormonale en heelkundige behandeling met de gebruikelijke medische omzichtigheid werden uitgevoerd, mag men er van uitgaan dat voorafgaandelijk intensief naar de geslachtsbeleving werd gepeild. Een patiënt zal immers slechts in aanmerking komen voor een geslachtsaanpassende behandeling indien het behandelende gender-team overtuigd is van de authenticiteit van zijn transseksuele gevoelens.³²¹

De vaststelling van de genderidentiteit is daarentegen problematischer bij een persoon die noch juridisch noch lichamelijk van geslacht is veranderd. Bij gebreke aan enig objectief gegeven waaruit het tegenovergestelde kan worden afgeleid, dient men in deze hypothese aan te nemen dat de genderidentiteit consistent is met het overeenstemmende fysieke en juridische geslacht.

C. Besluit : de doorslaggevende kenmerken bij de geslachtsbepaling met het oog op het sluiten van een huwelijk

175. De beslissing inzake *Eriksson & Goldschmidt tegen Zweden* bevestigt de stelling dat noch de voortplanting noch het heteroseksuele geslachtsverkeer een essentiële voorwaarde zijn voor het huwelijk. Een heteroseksuele relatie in de zin van artikel 12 E.V.R.M. veronderstelt in de eerste plaats een unie tussen twee personen die een tegengesteld psychologisch geslacht bezitten. De beoordeling van het geslachtsverschil op grond van de genderidentiteit fungeert derhalve als een drempelcontrole voor de juridische geldigheid van een voorgenomen huwelijk.

Twee partners met een verschillende psychische sekse kunnen echter alleen maar geldig met elkaar huwen indien het heteroseksuele karakter van hun relatie wordt veruitwendigd in de

³²¹ Zie hierover *supra*, nrs. 46-50.

uiterlijke geslachtskenmerken. Het morfologische geslacht is derhalve het tweede determinerende kenmerk. Het volstaat echter dat het geslacht van beide partners uiterlijk bepaalbaar is. Het ontbreken of niet functioneren van de geslachtsorganen kan het huwelijk in beginsel niet in de weg staan.

AFDELING 3. TOEPASSING VAN DE GEVONDEN CRITERIA : EEN POGING TOT CLASSIFICATIE

176. Op basis van de twee doorslaggevende geslachtskenmerken enerzijds en het juridische geslacht van de partners anderzijds, kunnen de negenenveertig mogelijke relatievormen worden ingedeeld in vier categorieën.

Indien twee personen van hetzelfde juridische geslacht een huwelijk wensen aan te gaan, kunnen zij zich niet beroepen op artikel 12 E.V.R.M., wanneer zij ook psychologisch of morfologisch dezelfde sekse bezitten. In deze hypothesen is er sprake van een *homohuwelijk*. Dergelijk huwelijk wordt niet door artikel 12 beschermd. Wanneer de partners daarentegen zowel psychologisch als morfologisch tegengestelde geslachtskenmerken hebben, doet de juridische geslachtsgelijkheid geen afbreuk aan de toelaatbaarheid van hun voorgenomen huwelijk. Hoewel deze relaties schijnbaar aanleiding geven tot een homohuwelijk, verenigen zij in wezen alle kenmerken van een heteroseksuele relatie. Daarom noem ik dit type van relaties een *quasi-heterohuwelijk*.

Het "klassieke" *heterohuwelijk* dient dan te worden gedefinieerd als een relatie tussen twee partners met een tegengesteld juridisch geslacht en een verschillende morfologie en genderidentiteit. In een laatste reeks relaties komen de partners ondanks hun verschillende officiële kunne niet in aanmerking voor het sluiten van een juridisch geldig huwelijk. Indien zij morfologisch of psychologisch tot hetzelfde geslacht behoren, dient hun relatie te worden bestempeld als een *quasi-homohuwelijk*.

BIJLAGE : NEGENENVEERTIG RELATIEVORMEN GECLASSIFICEERD

I. Homohuwelijk : relatie tussen twee partners met dezelfde juridische kunne en dezelfde morfologie of genderidentiteit.			
Feitelijk geslacht		juridisch geslacht	
M	M	M	M
V	V	V	V
M/V b	V	M/V st	V
V/M b	M	V/M st	M
M/V b	M/V b	M/V st	M/V st
V/M b	V/M b	V/M st	V/M st
M/V b	M/V b	M/V gst	M/V gst
V/M b	V/M b	V/M gst	V/M gst
M/V gb	M/V gb	M/V gst	M/Vgst
V/M gb	V/M gb	V/M gst	V/M gst
M/V gb	M/V gb	M/V st	M/V st
V/M gb	V/M gb	V/M st	V/M st
M/V gb	V	M/V st	V
V/M gb	M	V/M st	M
M/V gb	M/V b	M/V st	M/V st
V/M gb	V/M b	V/M st	V/M st
M/V gb	V/M gb	M/V st	V/M gst
M/V gb	V/M gb	M/V gst	V/M st
M/V gb	V/M b	M/V gs	V/M st
M/V b	V/M gb	M/V st	V/M gst
M/V gb	V/M b	M/V st	V/M gst
M/V b	V/M gb	M/V gst	V/M st
M/V gb	V/M b	M/V gst	M/V gst
V/M gb	M/V b	V/M gst	V/M gst

II. Quasi-heterohuwelijk : relatie tussen twee partners met dezelfde juridische kunne, maar wiens morfologie en genderidentiteit verschillend is.

feitelijk geslacht		juridisch geslacht	
M/V b	M	M/V gst	M
V/M b	V	V/M gst	V
M/V b	V/M b	M/V st	V/M gst
M/V b	V/M b	M/V gst	V/M st

III. Quasi-homohuwelijk : relatie tussen twee partners met een verschillende juridische kunne, maar wiens morfologie of genderidentiteit identiek is.

feitelijk geslacht		juridisch geslacht	
M/V b	V	M/V gst	V
V/M b	M	V/M gst	M
M/V b	M/V b	M/V st	M/V gst
V/M b	V/M b	V/M st	V/M gst
M/V gb	V/M b	M/V gst	V/M gst
M/V b	V/M gb	M/V gst	V/M gst
M/V gb	M/V gb	M/V st	M/V gst
V/M gb	V/M gb	V/M st	V/M gst
M/V gb	M	M/V st	M
V/M gb	V	V/M st	V
M/V gb	V/M b	M/V st	V/M st
M/V b	V/M gb	M/V st	V/M st
M/V b	M/V gb	M/V st	M/V gst
V/M b	V/M gb	V/M st	V/M gst

IV. Heterohuwelijk : relatie tussen twee partners met een verschillende officiële kunne en een verschillende morfologie en genderidentiteit.

feitelijk geslacht		juridisch geslacht	
M	V	M	V
M/V b	M	M/V st	M
V/M b	V	V/M st	V
M/V b	V/M b	M/V gst	V/M gst
M/V b	V/M b	M/V st	V/M st
M/V gb	V/M gb	M/V gst	V/M gst
M/V gb	V/M gb	M/V st	V/M st

M/V b	:	post-operatieve man-naar-vrouw-transseksueel
V/M b	:	post-operatieve vrouw-naar-man-transseksueel
M/V gb	:	niet-behandelde man-naar-vrouw-transseksueel
V/M gb	:	niet-behandelde vrouw-naar-man-transseksueel
M	:	(niet-transseksuele) man
V	:	(niet-transseksuele) vrouw
M/V st	:	vrouw na wijziging van staat
V/M st	:	man na wijziging van staat
M/V gst	:	man-naar-vrouw-transseksueel met ongewijzigde staat
V/M gst	:	vrouw-naar-man-transseksueel met ongewijzigde staat

HOOFDSTUK V.

BESLUIT: DE BETEKENIS VAN HET E.V.R.M. VOOR DE ONDERZOCHE PROBLEMATIEK

AFDELING 1. ALGEMENE TENDENZEN IN DE STRAATSBURGSE JURISPRUDENTIE : ENKELE KRITISCHE OPMERKINGEN

177. Bij het onderzoek naar de rechtsbescherming die het E.V.R.M. aan transseksuele personen biedt, valt onmiddellijk op dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zich in de afgelopen twintig jaren zeer terughoudend heeft opgesteld ten aanzien van de problematiek van transseksualiteit.

Sedert 1980 heeft het Hof slechts één maal - in het arrest-*B. tegen Frankrijk* - een schending vastgesteld van de door het E.V.R.M. gewaarborgde rechten van de transseksuele mens.³²² Daartegenover staan vier arresten die de door transseksuelen geuite klachten verwerpen³²³ en één arrest³²⁴ waarin geen uitspraak ten gronde wordt gedaan.

178. In de voorgaande hoofdstukken werd reeds aangetoond dat de motivering van deze afwijzende jurisprudentie op technisch-juridisch vlak voor ernstige kritiek vatbaar is.

Dit geldt vooral voor de assumptie dat er zich in de onderscheiden Verdragsstaten nog steeds geen gemeenschappelijke medische en maatschappelijk-juridische benadering van transseksualiteit heeft ontwikkeld. Hoewel deze stelling wordt tegengesproken door de rechtspraktijk van een meerderheid van de Verdragsstaten, alsmede door de beginselverklaringen van het Europese Parlement en de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa, blijft het Hof zich aan dit argument vastklampen ter verantwoording van zijn weigering om de Verdragsstaten te verplichten de geslachtsverandering van de transseksueel ten volle juridisch te erkennen.

³²² E.H.R.M., arrest *B. / Frankrijk* van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, p. 28.

³²³ E.H.R.M. arrest *Rees / Verenigd Koninkrijk* van 17 oktober 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, vol. 106, p. 6; E.H.R.M., arrest *Cossey / Verenigd Koninkrijk* van 27 september 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 5; E.H.R.M., arrest *X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk* van 22 april 1997, *R.J.D.* 1997, II, 619; E.H.R.M., arrest *Sheffield en Horsham / Verenigd Koninkrijk* van 30 juli 1998, *European Human Rights Reports* 1999, 163.

³²⁴ E.H.R.M., arrest *Van Oosterwijk / België* van 6 november 1980, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 40, p. 5.

Dit komt evenwel neer op een onaanvaardbare uitholling van de taak die het Straatsburgse Hof als supranationaal controleorgaan dient te vervullen.³²⁵ Indien de *common ground*-theorie op een dergelijke restrictieve wijze wordt toegepast op nieuwe maatschappelijke fenomenen, verglijdt de rechtsbescherming van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens immers tot een marginale controle, waarbij het Hof er zich toe beperkt om enkele achterblijvende Verdragsstaten te dwingen een *quasi* unanieme rechtspraktijk van de andere Verdragsstaten te volgen.

Deze restrictieve taakomschrijving volstaat zelfs niet om de rechtsonderhorigen van de Verdragsstaten een voldoende bescherming te bieden tegen mogelijke schendingen van hun fundamentele rechten en vrijheden. Daartoe is minstens vereist dat het Hof aan de Europese Conventie een autonome en hedendaagse interpretatie geeft die strookt met de maatschappelijke ontwikkelingen waaromtrent een voldoende consensus bestaat in een grote meerderheid der Verdragsstaten.

179. Een meer fundamentele kritiek op de stellingname van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens betreft het eng-reductionistische mensbeeld dat achter de jurisprudentie van het Hof schuilgaat.

De transseksuele persoon wordt door het Straatsburgse Hof herleid tot zijn lichamelijke component, meer bepaald tot zijn uiterlijke verschijningsvorm en zijn chromosomale constellatie. Deze visie wordt gelegitimeerd door juridische concepten als het ontbreken van een gemeenschappelijke rechtsopvatting en het traditionele huwelijksbegrip, waarvan de toepassing op de problematiek van de transseksuele mens op zijn beurt wordt verantwoord door de beschikbare medische kennis over transseksualiteit.

Het Hof bewijst op die manier niet meer dan een lipdienst aan fundamentele rechten als het recht op eerbiediging van het privéleven en het recht op huwelijk, door deze rechten van de transseksuele mens te vertalen in respectievelijk een louter secundaire verplichting tot aanpassing van de identiteitsdocumenten (identiteitskaart, paspoort, rijbewijs, ...) en de courant gebruikte officiële gegevens (nationaal nummer, voornaam) aan het gewijzigde uiterlijk van de transseksueel en het louter illusionaire recht van de post-operatieve transseksueel om te huwen met een persoon van de tegengestelde (genetische) sekse.

180. Deze benadering miskent de kern van de transseksuele problematiek aangezien zij de

³²⁵ In dezelfde zin : C. FORDER, noot onder E.H.R.M., arrest X., Y. en Z. / Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997, *l.c.*, 329-330.

lichamelijkheid op zichzelf beschouwt en niet als een integrerend deel van de menselijke persoonlijkheid dat als dusdanig ook door de mens moet kunnen worden beleefd.

De specifieke hulpvraag van de transseksueel gaat juist uit van de door hem ervaren discongruentie tussen het biologische geslacht en de psychosociale beleving ervan. De medische wetenschap komt hieraan in zekere mate tegemoet door het uitvoeren van een geslachtsaanpassende behandeling die leidt tot de reïntegratie van het lichaam in de subjectiviteit van de transseksuele persoon. Het is dan ook onaanvaardbaar dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens de aldus herstelde eenheid van de biologische verschijningsvorm en de genderidentiteit opnieuw doorbreekt. Het Hof houdt op die manier de discrepantie tussen de gewijzigde lichamelijke geslachtskenmerken en de juridische kunne verder in stand als het onvolmaakte (juridische) eindpunt in de ontwikkeling van een persoon die biologisch nooit volledig tot het gewenste geslacht zal behoren.

181. Een daadwerkelijke bescherming van de fundamentele rechten van de transseksuele mens veronderstelt echter een globaliserende benadering van de sekse, die leidt tot de erkenning dat de transseksueel niet alleen lichamelijk, maar in al zijn dimensies behoort tot de andere kunne dan diegene die hem bij de geboorte werd toegekend.

Dergelijke benadering treft men aan in enkele rapporten van de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, die de (gewijzigde) gender terecht kwalificeerde als een essentieel element van de persoonlijkheid van de transseksueel.³²⁶ Op juridisch-technisch vlak heeft de Europese Commissie dit maximalistische uitgangspunt op een radicale wijze uitgewerkt. Naast het opleggen van een (positieve) verplichting tot aanpassing van de geboorteakte en de daarvan afgeleide documenten, was de Commissie tevens van oordeel dat de transseksueel ook op andere deelgebieden van het familierecht, zoals het afstammingsrecht³²⁷ en het huwelijksrecht³²⁸, moet worden beschouwd als behorend tot zijn nieuwe sekse.

Eenzelfde opvatting treft men aan bij het Europese Hof van Justitie. In het hoger genoemde

³²⁶ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, nr. 36, p. 26, § 52; E.C.R.M., nr. R 9532/81, 12 december 1984, *Pub. Eur. Court H.R.*, Serie B., nr. 89, § 43; cf. E.C.R.M., nr. R 22985/93, 21 januari 1997, onuitg., § 50; E.C.R.M., nr. R 23390/94, 21 januari 1997, onuitg., § 51.

³²⁷ E.C.R.M., nr. R 21830/93, 27 juni 1995, *Nemesis* 1996, actualiteitenkatern nr. 1, p. 6.

³²⁸ E.C.R.M., nr. R 7654/76, 1 maart 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B., nr. 36, p. 10; E.C.R.M., nr. R 10843/84, 9 mei 1989, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 184, p. 45.

arrest van 30 april 1996³²⁹ past dit rechtscollege de richtlijn 76/207/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces toe op een hypothese die bij het uitvaardigen van deze richtlijn niet was voorzien, met name het ontslag van een transseksuele werknemer omwille van de geslachtsverandering die de betrokkene wenst te ondergaan of heeft ondergaan. Het Hof van Justitie baseert deze eigentijdse interpretatie van de richtlijn 76/207/EEG precies op een meer algemeen recht op erkenning van de seksuele identiteit als onderdeel van het recht op eerbiediging van de waardigheid en de vrijheid van de (transseksuele) persoon.

AFDELING 2. DE BEPERKTE BETEKENIS VAN HET E.V.R.M. VOOR DE BELGISCHE RECHTSPRAKTIJK INZAKE TRANSSEKSUALITEIT

§1. Inleiding

182. Hoewel in de huidige stand van de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens uit het E.V.R.M. slechts beperkte verplichtingen voortvloeien op het vlak van erkenning van de geslachtswijziging van een transseksueel, is het voor de ontwikkeling van de Belgische rechtspraak - wat het oogmerk is van onderhavige studie - van belang om aan te geven welke minimale rechtsbescherming dit verdrag aan de transseksuele persoon biedt.

Hierna wordt dan ook voor elk van de rechtsvragen die transseksualiteit oproept, de jurisprudentie van de Straatsburgse instanties en met name van Europese Hof samengevat in een aantal minimumvereisten waaraan de juridisch-maatschappelijke regeling van transseksualiteit moet voldoen. In het algemene besluit van dit proefschrift worden de bestaande Belgische regels dan mede aan deze Europese minima getoetst ter beantwoording van de vraag of in België een wetgevende tussenkomst op het vlak van transseksualiteit al dan niet noodzakelijk is.

§2. De geslachtsaanpassende behandeling

183. Tot op heden werd bij de Straatsburgse instanties nog geen klacht aanhangig gemaakt met betrekking tot de geslachtsaanpassende behandeling zelf.

Gelet op de algemene beginselen die aan de grondslag liggen van de jurisprudentie van het Europese Hof, mag evenwel worden aangenomen dat een absoluut verbod om een

³²⁹ *Supra*, nr. 124.

geslachtsaanpassende behandeling uit te voeren, door het Hof strijdig zou worden bevonden met de artikelen 3 en 8 E.V.R.M.

184. Deze verdragsbepalingen verbieden de nationale overheid in beginsel evenwel niet om het uitvoeren van een geslachtsaanpassende behandeling op haar grondgebied te onderwerpen aan bepaalde procedurele en materiële voorwaarden.

In zoverre deze voorwaarden de mogelijkheid beperken om een geslachtsaanpassende behandeling te ondergaan, dienen zij wel te voldoen aan de criteria van artikel 8 §2 E.V.R.M. Vermits de gender behoort tot de intieme levenssfeer van de transseksueel, maakt een beperking van de mogelijkheid om het uiterlijk aan te passen aan de geslachtsbeleving immers in wezen een inbreuk uit op het recht op eerbiediging van het privé-leven van de betrokkene. Derhalve moet voor elk van de beperkende voorwaarden worden nagegaan of zij de toets van artikel 8 §2 E.V.R.M. doorstaan.

§3. De wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte

185. In de huidige stand van de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens vloeit voor de Verdragsstaten uit artikel 8 E.V.R.M. als dusdanig geen positieve verplichting voort tot het aanpassen van de geboorteakte van een transseksueel.

De nationale overheden dienen er uitsluitend zorg voor te dragen dat een post-operatieve transseksueel zich overeenkomstig zijn nieuwe geslachtsrol in de maatschappij kan begeven, zonder voortdurend zijn officiële identiteit te moeten onthullen. Concreet houdt dit in dat de documenten die in de betrokken Verdragsstaat courant worden gebruikt ter identificatie van een persoon moeten worden aangepast aan de feitelijke transformatie die de transseksueel heeft ondergaan. In zoverre de Verdragsstaat aan zijn onderdanen een nationaal nummer toekent waaruit het geslacht kan worden afgeleid, dienen de cijfers van dit nummer die de sekse weergeven in elk geval te worden veranderd.

186. In de penitentiaire sfeer lijkt de overheid verplicht om rekening te houden met de lichamelijke geslachtstransformatie van een transseksueel wiens staat niet is aangepast aan de gewijzigde geslachtsrol. Het opsluiten van een post-operatieve transseksueel in een gevangenisinstelling bestemd voor leden van zijn oorspronkelijke sekse is mijns inziens immers in strijd met artikel 3 E.V.R.M.

De inbreuk op artikel 3 E.V.R.M. vloeit alsdan echter *in se* niet voort uit het feit dat de geslachtsaanduiding in de geboorteakte van de transseksueel niet is aangepast, maar wel uit

wijze waarop de gevangenisstraf of de voorlopige hechtenis ten uitvoer wordt gelegd.

§4. De wijziging van de geslachtsgebonden voornaam

187. Het Europese Hof legt aan de Verdragsstaten alleszins de verplichting op om de verandering van de geslachtsgebonden voornaam van een transseksueel toe te staan. Dit blijkt zeer duidelijk in het arrest-*B. tegen Frankrijk* waar de onduidelijkheid over het bestaan van de mogelijkheid tot voornaamsverandering precies één van de vergelijkingspunten was tussen het Engelse en het Franse rechtssysteem dat in het nadeel uitviel van het laatstgenoemde rechtstelsel.³³⁰

Op welke wijze deze voornaamsverandering wordt geëffectueerd, behoort tot de beoordelingsvrijheid van de Verdragsstaten. Het staat de Verdragsstaten vrij om hetzij de voornaam via een administratieve of gerechtelijke procedure te veranderen, hetzij de transseksueel toe te laten in courant gebruikte identiteitsdocumenten een voornaam te voeren die overeenstemt met diens gewijzigde uiterlijk. De Verdragsstaat mag bij de concrete uitwerking van de verplichting dan ook rekening houden met zijn bestaande nationale rechtssysteem. De keuze van de nieuwe voornaam mag evenwel niet worden beperkt tot een neutrale voornaam.³³¹

§5. De gevolgen van de juridische geslachtswijziging

188. In de zaak-*X, Y en Z. tegen het Verenigd Koninkrijk* werd bij de Straatsburgse instanties voor de eerste maal een klacht aanhangig gemaakt met betrekking tot het recht op gezinsleven van een post-operatieve transseksueel. *Stricto sensu* had deze zaak evenwel geen betrekking op de vraag in welke mate de Verdragsstaten verplicht zijn om bepaalde gevolgen te verbinden aan de *juridische* geslachtswijziging. De betrokken transseksueel behoorde immers juridisch nog steeds tot zijn oorspronkelijke geslacht.

De andere klachten die tot op heden door transseksuelen aan de beoordeling van de Commissie en het Hof werden voorgelegd, hebben alle betrekking op de situatie waarin een Verdragsstaat weigert het juridische geslacht van een post-operatieve transseksueel te wijzigen.³³² Bijgevolg diende het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zich vooralsnog

³³⁰ Zie *supra*, nrs. 109-110.

³³¹ *Supra*, nr. 112.

³³² In de zaak-*LF. Tegen Ierland* was de klacht van de transseksuele verzoekster weliswaar mede gebaseerd (wordt vervolgd ...)

niet uitdrukkelijk uit te spreken over de gevolgen van de juridische geslachtsverandering.

Op basis van de bestaande jurisprudentie hebben transseksuelen ook op dit vlak weinig heil te verwachten van het Europese Hof. Dit geldt zowel voor het huwelijksrecht als voor andere domeinen van het familierecht zoals het afstammingsrecht en het ouderlijk gezag

189. Hoger werd reeds uiteengezet dat de aanpassing van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte van de transseksueel niet noodzakelijk inhoudt dat de betrokkene nadien ook in het huwelijk kan treden met een persoon van zijn oorspronkelijke geslacht.³³³ Artikel 12 E.V.R.M. biedt de Verdragsstaten immers een ruime discretionaire bevoegdheid om de uitoefening van het fundamentele recht op een huwelijk afhankelijk te maken van bepaalde grondvoorwaarden waardoor transseksuelen kunnen worden uitgesloten van het recht om in het huwelijk te treden.

De eng-reductionistische visie van het Hof waarin het geslacht met het oog op het sluiten van een huwelijk wordt herleid tot de chromosomale constitutie, laat mijns inziens toe dat de nationale overheid een post-operatieve transseksueel zelfs ná de wijziging van de geslachtsaanduiding de mogelijkheid ontzegt om een geldig huwelijk te sluiten met een persoon van zijn oorspronkelijke geslacht.

190. Inzake de vaststelling van een afstammingsband en het toekennen van ouderlijk gezag aan een transseksueel doet het feit dat de juridische kunne van de betrokkene werd aangepast aan diens feitelijke sekse geen afbreuk aan de ruime appreciatiemarge die door het Europese Hof aan de Verdragsstaten werd toegekend in het arrest-*X, Y. en Z. tegen het Verenigd Koninkrijk*. In dit arrest stelde het Hof immers in het algemeen dat er geen gemeenschappelijke Europese norm bestaat met betrekking tot het toekennen van ouderlijke rechten en plichten aan transseksuelen, waarbij het in wezen geen onderscheid maakte tussen de situatie vóór en ná de wijziging van de geboorteakte.³³⁴

Anderzijds vervalt ná de aanpassing van de geboorteakte één van de belangrijkste bezwaren die het Hof formuleerde tegen de vaststelling van een afstammingsband en het toekennen van ouderlijke rechten en plichten. Eens de geboorteakte van de transseksueel is gewijzigd, wordt

op een schending van het recht op gezinsleven. Ook in deze zaak behoorde de verzoekster juridisch echter nog tot haar oorspronkelijke geslacht. De klacht werd door de voormalige Europese Commissie onontvankelijk verklaard. E.C.R.M., nr. D 28154/95, 2 juli 1997 (<http://www.dhcour.coe.fr/Hudoc1doc/hedec/sift/3590.txt>).

³³³ *Supra*, nrs. 156 en 161.

³³⁴ *Supra*, nr. 146.

de coherentie van het familierecht niet langer bedreigd door de vaststelling van een afstammingsband ten aanzien van een transseksueel overeenkomstig diens nieuwe sekse.³³⁵ Er zou in die hypothese integendeel juist een inconsistentie ontstaan tussen het afstammingsrecht en de andere deelgebieden van het familierecht doordat de transseksueel uitsluitend op het gebied van afstammingsrecht zou blijven behoren tot zijn oorspronkelijke sekse.

Of het wegvallen van dit argument volstaat om het Hof te doen besluiten tot een schending van het recht op gezinsleven, is evenwel verre van zeker. Zelfs rechter MARTENS gaf in zijn vooruitstrevende *dissenting opinion* bij het arrest-*Cossey tegen het Verenigd Koninkrijk* toe dat er tussen de rechtssystemen van de Verdragsstaten onderling nog belangrijke verschillen bestaan met betrekking tot de precieze gevolgen van de juridische geslachtsverandering.³³⁶ Bijgevolg beschikken de Verdragsstaten ter zake zelfs in de visie van MARTENS over een ruime beoordelingsvrijheid.

³³⁵ Over dit argument *supra*, nrs. 147 en 154.

³³⁶ *Supra*, nr. 107.

TITEL II. DE JURIDISCHE ASPECTEN VAN DE GESLACHTS- AANPASSENDE BEHANDELING

HOOFDSTUK I. DE GESLACHTSAANPASSENDE BEHANDELING NAAR BELGISCH RECHT

AFDELING 1. INLEIDING

191. De vraag of de operatieve aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken van een transseksueel aan diens genderidentiteit een geoorloofd medisch handelen uitmaakt, kan worden ontleed in twee bestanddelen, die elk aansluiten bij een specifiek persoonlijkheidsrecht met betrekking tot het menselijke lichaam.

In de eerste plaats moet worden nagegaan of een persoon wel het recht heeft om bepaalde van de fysieke bestanddelen van zijn of haar persoonlijkheid op een dergelijke ingrijpende en onomkeerbare wijze te veranderen. De draagwijdte van het recht om over zichzelf te beschikken, staat hierbij ter discussie.

In zoverre het bestaan van dit zelfbeschikkingsrecht wordt erkend, dient vervolgens te worden onderzocht in welke mate een arts zijn medewerking mag verlenen aan dit - alsdan gerechtvaardigd - streven van de transseksueel om de subjectief beleefde sekse lichamen zo dicht mogelijk te benaderen. Deze vraagstelling betreft het recht op fysieke integriteit van de transseksueel en de strafrechtelijke immuniteit van de arts die de heilkundige ingreep uitvoert.

Beide elementen worden achtereenvolgens besproken.

AFDELING 2. DE BEPERKTE VRIJHEID VAN GESLACHTSKEUZE

192. De geoorloofdheid van het ondergaan van een hormonale en heilkundige behandeling waardoor de uiterlijke geslachtskenmerken worden aangepast aan de geslachtsbeleving, veronderstelt het bestaan van een verregaande beschikkingsbevoegdheid van het individu over de lichamelijke bestanddelen van zijn persoonlijkheid.

193. Dergelijk recht om te beschikken over (de bestanddelen van) het eigen lichaam heeft zich in de loop van de twintigste eeuw voornamelijk onder invloed van de spectaculaire

voortgang van de biomedische wetenschap ontwikkeld als een bestanddeel van het zelfbeschikkingsrecht (*Selbstbestimmungsrecht*).¹

Het *Selbstbestimmungsrecht* wordt doorgaans beschouwd als een publiekrechtelijk rechtsbeginsel dat aansluit bij het beginsel van de individuele vrijheid van de mens.² In de ruime zin van het woord houdt dit beschikkingsbeginsel dan in dat het individu een algemene beslissingsbevoegdheid heeft met betrekking tot de persoonlijke levenssfeer en zelf de wijze kan bepalen waarop het zijn individuele vrijheden uitoefent in de maatschappij.³ Het zelfbeschikkingsbeginsel vindt volgens deze opvatting ingang in de rechtsorde via de fundamentele rechten en vrijheden.⁴

194. Uitgaande van een gelijkaardige gedachte heeft het Hof van Cassatie reeds aanvaard dat slagen en verwondingen die in het kader van de sadomasochistische seksualiteitsbeleving opzettelijk worden toegebracht aan een partner die hiermee instemt, op grond van artikel 8 § 1 E.V.R.M. verschoonbaar zijn wanneer zij niet van aard zijn om de gezondheid aan te tasten van diegene aan wie zij worden toegediend.⁵ De masochistische persoon verkrijgt hierdoor impliciet de beslissingsbevoegdheid om een zekere mate van lichamelijk leed te ondergaan als onderdeel van de door artikel 8 E.V.R.M. gewaarborgde seksuele vrijheid. Deze vrijheid wordt begrensd in zoverre dit noodzakelijk is voor de bescherming van de gezondheid van het "slachtoffer". De strafwet mag volgens het Hof van Cassatie binnen de context van artikel 8 § 2 E.V.R.M. aldus worden geïnterpreteerd dat zij het actieve toedienen van slagen en verwondingen verbiedt die dermate ernstig zijn dat zij letsels en verminkingen veroorzaken. Ook het recht van de transseksueel om een hormonale en heelkundige geslachtstransformatie te ondergaan zou op deze wijze kunnen worden geconstrueerd. Hoger werd reeds uiteengezet

¹ P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, nr. 445; F. VAN NESTE, 'Het zelfbeschikkingsrecht - een kritische studie', *R.W.* 1991-92, 691.

² F. VAN NESTE, 'Het zelfbeschikkingsrecht - een kritische studie', *l.c.*, p. 689, nr. 2 en p. 694, nr. 13; zie L. VAN SLYCKEN, 'Beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam', in J. VELAERS (ed.), *Over zichzelf beschikken ? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 248; zie ook P. DE HERT, *Art. 8 E.V.R.M. en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, nrs. 74-75 en 84-86.

³ F. VAN NESTE, 'Het zelfbeschikkingsrecht - een kritische studie', *l.c.*, 689, nr. 2; cf. P. DE HERT, *o.c.*, nrs. 74-75; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', in J. VELAERS (ed.), *Over zichzelf beschikken ? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 309.

⁴ F. VAN NESTE, 'Het zelfbeschikkingsrecht - een kritische studie', *l.c.*, p. 693-695, nrs. 12-13; zie L. VAN SLYCKEN, 'Beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam', *l.c.*, 247-248; J. VELAERS, 'Het menselijk lichaam en de grondrechten', in J. VELAERS (ed.), *Over zichzelf beschikken ? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 152-154 en 206.

⁵ Cass. 6 januari 1998, *R.W.* 1998-99, 290.

dat een absoluut verbod op het uitvoeren van dergelijke behandelingen een inbreuk uitmaakt op het recht op vrijwaring tegen onmenselijke en vernederende behandelingen (art. 3 E.V.R.M.) en het recht op privé-leven (art. 8 E.V.R.M.).⁶ Uit deze verdragsbepalingen kan bijgevolg worden afgeleid dat een Verdragsstaat een transseksueel slechts mag verbieden om een geslachtsaanpassende behandeling te ondergaan, indien hij niet voldoet aan de eventuele materiële en procedurele voorwaarden waaraan de nationale overheid deze behandeling in overeenstemming met artikel 8 § 2 E.V.R.M. heeft onderworpen. Het recht om te beschikken over de lichamelijke bestanddelen van de sekse heeft aldus geen absolute werking, maar is onderhevig aan de beperkingen die door § 2 van artikel 8 E.V.R.M. onder meer vanuit het oogpunt van de bescherming van de gezondheid worden toegelaten.⁷

195. Mijns inziens is de beschikkingsbevoegdheid van het individu ten aanzien van de lichamelijke geslachtskenmerken echter meer dan een louter rechtsbeginsel dat bescherming biedt tegen een overdreven overheidsinmenging in de privé-sfeer van de betrokkene.

In navolging van SENA EVE en anderen moet het zelfbeschikkingsrecht worden gekwalificeerd als een onderdeel van de persoonlijkheidsrechten met betrekking tot de fysieke bestanddelen van de persoonlijkheid.⁸ Dit impliceert dat het individu een subjectief recht heeft om, binnen bepaalde grenzen, zelf naar zijn eigen inzichten beslissingen te nemen ten aanzien van de lichamelijke bestanddelen van de persoonlijkheid, zonder daarbij te worden gehinderd door anderen of door de overheid.⁹ De bevoegdheid om - onder bepaalde voorwaarden - de lichamelijke geslachtskenmerken door middel van een geslachtsoperatie te wijzigen, is een element van dit subjectieve recht.¹⁰

196. De kwalificatie van het zelfbeschikkingsrecht als een subjectief recht wordt echter door sommige auteurs in vraag gesteld.¹¹

⁶ *Supra*, nrs. 84 en 90.

⁷ Zie L. VAN SLYCKEN, 'Beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam', *l.c.*, 248-249.

⁸ P. SENA EVE, *Compendium*, nrs. 444-445; L. VAN SLYCKEN, 'Beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam', *l.c.*, 250-251.

⁹ P. SENA EVE, *Compendium*, nr. 445; zie L. VAN SLYCKEN, 'Beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam', *l.c.*, 250-253.

¹⁰ P. SENA EVE, *Compendium*, nr. 494.

¹¹ X. DIJON, 'Het juridisch statuut van het lichaam', in J. VELAERS (ed.), *Over zichzelf beschikken ? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 100-109; cf. A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *l.c.*, 309-310; J. VELAERS, 'Over zichzelf beschikken ?', in J. VELAERS (ed.), *Over zichzelf beschikken ? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de* (wordt vervolgd...)

Onder meer VAN NESTE sluit uit dat het recht om te beschikken over het eigen lichaam als een subjectief recht wordt opgevat.¹² Verwijzend naar VON SAVIGNY gaat VAN NESTE er van uit dat de beschikkingsbevoegdheid die het wezen uitmaakt van een subjectief recht op zich als een onbegrensde bevoegdheid moet worden beschouwd, vergelijkbaar met het eigendomsrecht.¹³ Toegepast op het menselijke lichaam *an sich* zou dit dan leiden tot de absurde conclusie dat het individu het subjectieve recht heeft om zich van dit lichaam te ontdoen, bijvoorbeeld door zelfmoord te plegen of te verzoeken om euthanasie.¹⁴ Aangezien volgens VAN NESTE ook de transseksueel door de aanpassing van zijn lichamelijke sekse beschikt over de totaliteit van zijn lichaam, kan het ondergaan van geslachtschirurgie naar zijn mening evenmin het voorwerp uitmaken van een subjectief recht.¹⁵

197. Het uitgangspunt van deze kritiek op het zelfbeschikkingsrecht die de beschikkingsbevoegdheid over bestanddelen van het menselijke lichaam op dezelfde lijn plaatst als de beschikkingsbevoegdheid over vermogensbestanddelen, is mijns inziens aanvechtbaar.

Persoonlijkheidsrechten hebben weliswaar - net zoals het eigendomsrecht - een gelding *erga omnes*, en zijn in die zin absoluut te noemen.¹⁶ Zij zijn echter geenszins absoluut in de zin dat ze onbegrensd zouden zijn.¹⁷ Het zelfbeschikkingsrecht met betrekking tot de fysieke bestanddelen van de levende mens houdt dan ook geenszins een onbeperkte beschikkingsvrijheid in.¹⁸ Een zelfbeschikkingsrecht over de totaliteit van het lichaam wordt

dood, Antwerpen, Maklu, 1996, 10; zie F. VAN NESTE, 'Het zelfbeschikkingsrecht - een kritische studie', *l.c.*, 689-699.

¹² F. VAN NESTE, 'Het zelfbeschikkingsrecht - een kritische studie', *l.c.*, p. 690-691, nrs. 5-6 en p. 695-697, nrs. 14-17.

¹³ F. VAN NESTE, 'Het zelfbeschikkingsrecht - een kritische studie', *l.c.*, p. 690-691, nrs. 5-6.

¹⁴ F. VAN NESTE, 'Het zelfbeschikkingsrecht - een kritische studie', *l.c.*, p. 690, nr. 6; cf. J. VELAERS, 'Het menselijk lichaam en de grondrechten', *l.c.*, 192.

¹⁵ F. VAN NESTE, 'Het zelfbeschikkingsrecht - een kritische studie', *l.c.*, p. 695, nr. 14 en p. 696-697, nr. 17; cf. A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *l.c.*, 343-344.

¹⁶ P. SENAËVE, *Compendium*, nr. 436.

¹⁷ *Ibid.*, nr. 436; cf. Gent 23 september 1997, *R.W.* 1997-98, 855 (i.v.m. sadomasochisme).

¹⁸ P. SENAËVE, *Compendium*, nr. 464; cf. L. VAN SLYCKEN, 'Beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam', *l.c.*, 252-253.

als dusdanig door geen enkel ander auteur verdedigd, zodat zelfdoding en actieve euthanasie in elk geval ongeoorloofd blijven.¹⁹

198. Daarentegen kan het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling in bepaalde gevallen wel als een subjectief recht worden beschouwd. In tegenstelling tot hetgeen VAN NESTE meent²⁰, beschikt het individu op deze wijze immers niet over de totaliteit van zijn lichaam, maar slechts over bepaalde bestanddelen ervan, te weten over de fysieke attributen van de sekse.

De uitoefening van deze beschikkingsbevoegdheid is daarenboven onderworpen aan een aantal grondvoorwaarden die hoofdzakelijk voortvloeien uit de zorgvuldigheidsnormen die de geneesheren in acht moeten nemen bij het uitvoeren van de geslachtsaanpassende behandeling.²¹ Deze voorwaarden beperken de autonomie van het individu en houden onder meer in dat een geslachtsaanpassende behandeling slechts mag worden toegepast bij personen die na een zorgvuldige en uitgebreide diagnosestelling als transseksueel kunnen worden aangemerkt.²² De lichamelijke geslachtskenmerken mogen met andere woorden niet door om het even wie worden veranderd.²³ Alleen transseksuelen - en bij uitbreiding ook interseksuelen - hebben de beslissingsbevoegdheid om hetzij lichamelijk tot hun oorspronkelijke geslacht te blijven behoren, hetzij hun uiterlijke geslachtskenmerken aan te passen aan hun geslachtsbeleving.²⁴

¹⁹ Zie o.m. P. SENAËVE, *Compendium*, nrs. 465 en 467-469.

²⁰ F. VAN NESTE, 'Het zelfbeschikkingsrecht - een kritische studie', *l.c.*, p. 696-697, nr. 17.

²¹ Zie *infra*, nrs. 216-229.

²² G. DE CUYPERE, C. JANNES en R. RUBENS, 'Medisch-ethische benadering van transseksualiteit en de geslachtsaanpassende behandeling', *l.c.*, 134-135.

²³ A. MAERTENS, 'Transseksualiteit naar Belgisch recht', *T.P.R.* 1992, 304-305; M.T. MEULDERS-KLEIN, 'La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme', *T.B.B.R.* 1989, 5; J.M. PAUWELS, *Recht inzake seksualiteit. De hoofdlijnen van het Belgisch recht voor niet-juristen*, Leuven, Acco, 1982, 28-29; J.M. PAUWELS, 'Verandering van de geslachtsaanduiding bij transseksuelen', (noot onder Rb. Mechelen 17 juni 1975), *R.W.* 1975-76, 880; P. SENAËVE, *Compendium*, nr. 494.

²⁴ J.M. PAUWELS, *Recht inzake seksualiteit. De hoofdlijnen van het Belgisch recht voor niet-juristen*, Leuven, Acco, 1982, 28-29; J.M. PAUWELS, 'Verandering van de geslachtsaanduiding bij transseksuelen', (noot onder Rb. Mechelen 17 juni 1975), *R.W.* 1975-76, 880; P. SENAËVE, *Compendium*, nr. 494; cf. A. MAERTENS, *l.c.*, 304-305; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *l.c.*, 344.

AFDELING 3. GESLACHTSAANPASSENDE OPERATIES EN HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN DE FYSIEKE INTEGRITEIT

§1. Algemeen

199. De heelkundige ingrepen waarbij de lichamelijke geslachtskenmerken van een transseksueel worden aangepast aan diens geslachtsbeleving, worden naar Belgisch recht als zodanig door geen enkele wettelijke bepaling verboden.²⁵ Als medische handeling gaan zij evenwel gepaard met een ernstige aantasting van de fysieke integriteit van de transseksueel. In principe valt de geslachtschirurgie dan ook onder de delictsomschrijving van het misdrijf "opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel" (art. 392 e.v. Sw.).²⁶

Bij het verrichten van medische handelingen, kunnen geneesheren zich echter beroepen op een strafrechtelijke immuniteit, die volgens de heersende stelling in de Belgische rechtsleer haar grondslag vindt in de toelating van de wet (art. 70 Sw.), en met name in het K.B. nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de geneeskunst, de uitoefening van de daaraan verbonden beroepen en de geneeskundige commissies (Wet Uitoefening Geneeskunst).²⁷⁻²⁸ De vraag rijst of de chirurg die een geslachtsaanpassende operatie uitvoert,

²⁵ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen* (hierna verkort geciteerd : *Geneeskunde*), in *A.P.R.*, Brussel, Story-Scientia, 1991, nr. 517.

²⁶ Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54; P. ARNOU, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer', in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 166-167; R.O. DALCQ, 'La responsabilité médicale', *T.P.R.* 1974, 353; J.-L. FAGNART, 'Aspects actuels de la responsabilité médicale', in V. D'HUART en C. HENNAU-HUBLET, *Droit et médecine*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 1996, 233; H. NYS, *Geneeskunde*, nrs. 313 en 517; P. SENAËVE, *Compendium*, nr. 450; F. SWENNEN, 'Juridische grondslagen voor de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer i.h.b. de vereiste van het therapeutisch oogmerk', *T. Gez.* 1997-98, 3-4; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen* (hierna verkort geciteerd : *Strafrecht*), I, Antwerpen, Maklu, 1998, 210; J. VELAERS, 'Het menselijk lichaam en de grondrechten', *l.c.*, 193; cf. L. DUPONT, *Beginnelsen van strafrecht* (hierna verkort geciteerd : *Beginnelsen*), I, Leuven, Acco, 1994, nr. 302; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht* (hierna verkort geciteerd : *Handboek*), I, Leuven, Acco, 1989, nr. 352.

²⁷ Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54; Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115; P. ARNOU, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer', *l.c.*, 169; L. DUPONT, *Beginnelsen*, I, nrs. 269 en 302; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek*, I, nrs. 352 en 393; J.-L. FAGNART, *l.c.*, 233; J. GERLO, 'Transseksualiteit, wetgevende tussenkomst overbodig?', (noot onder Rb. Mechelen 31 mei 1990), *R.W.* 1990-91, 512; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes* (hierna verkort geciteerd: *L'activité médicale et le droit pénal*). Brussel, Bruylant, 1987, nr. 8; M.T. MEULDERS-KLEIN, *l.c.*, 6-7; R. RUBËNS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, G. MATTON, S. MONSTREY, M. VERVAET, C. JANNES en A. VERMEULEN, 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *Tijdschrift voor Geneeskunde* 1989, 320; P. SENAËVE, *Compendium*, nr. 450; F. SWENNEN, *l.c.*, 7; H. VANDENBERGHE, 'Aansprakelijkheid van ziekenhuizen en geneesheren', in H. VANDENBERGHE (ed.), *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 128; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht*, I, 210-211; D. VANDERMEERSCH, 'Medische fout, sterilisatie en medische experimentatie', *T.P.R.* 1983, 849; J. VELAERS, 'Het menselijk lichaam en de grondrechten', *l.c.*, 195-196; cf. Rb. Gent 19 december 1991, *T.G.R.* (wordt vervolgd...)

zich op deze algemene rechtvaardigingsgrond kan beroepen. Daartoe is cumulatief vereist dat de ingreep een therapeutisch oogmerk heeft, en dat het gevaar voor de patiënt in verhouding staat tot het verwachte resultaat (proportionaliteit van het aangewende middel). Tevens moet de patiënt op vrije en voorgelichte wijze toestemmen in de door de arts voorgestelde behandeling. Op elk van deze voorwaarden wordt hierna dieper ingegaan.

200. Het begaan van een fout bij het uitvoeren van de geslachtsoperatie heft de immuniteit van de chirurg niet op voor wat betreft het misdrijf van opzettelijke slagen en verwondingen. Wel stelt hij zich mogelijk bloot aan een strafrechtelijke vervolging op grond van onopzettelijke slagen en verwondingen (art. 418 e.v. Sw.).²⁹ Bijgevolg kan de chirurg de strafrechtelijke aansprakelijkheid slechts volledig ontlopen, mits een strikte naleving van de regels van de kunst en toepassing van alle beschikbare wetenschappelijke kennis inzake de behandeling van transseksualiteit.

Deze voorwaarde wordt hierna afzonderlijk besproken onder punt 4. Daarbij wordt onder meer aandacht besteed aan het ontwerp van "deontologisch reglement" dat werd opgesteld door het Gentse gender-team.³⁰ Ondanks de enigszins misleidende benaming moet dit ontwerp worden gekwalificeerd als een medisch protocol, waarin de algemene zorgvuldigheidsnorm wordt uitgewerkt in een aantal meer precieze standaardnormen die bij de behandeling van transseksualiteit in acht moeten worden genomen.

201. Naast een strafrechtelijke sanctionering omwille de ongeoorloofde inbreuk op de fysieke integriteit van de zijn patiënt, loopt de chirurg die een van bovengenoemde voorwaarden niet naleeft, ook het risico om civielrechtelijk aansprakelijk te worden gesteld voor de schade die het gevolg is van zijn handelen.

De patiënt beschikt daartoe in de eerste plaats over een contractuele aansprakelijkheidsvordering. De meerderheidsopvatting in de Belgische rechtspraak en

1992, 147; R.O. DALCQ, 'La responsabilité médicale', *l.c.*, 352-354; zie H. NYS, 'Eigendom in het medisch recht', *R.W.* 1983-84, 2362-2364; H. NYS, *Geneeskunde*, nrs. 313 en 517.

²⁸ De toelating van de wet wordt vermoed. Het openbaar ministerie moet aantonen dat de geneesheer de toelating van de wet heeft misbruikt: Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115; P. ARNOU, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer', *l.c.*, 172; H. NYS, 'Eigendom in het medisch recht', *l.c.*, 2363.

²⁹ Antwerpen 19 mei 1980, *VL T. Gez.* 1981, 39, noot R. KRUIHOF; Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115; P. ARNOU, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer', *l.c.*, 171; H. NYS, 'Eigendom in het medisch recht', *l.c.*, 2364; F. SWENNEN, *l.c.*, 5; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht*, I, 211; H. VANDENBERGHE, *l.c.*, 125.

³⁰ R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 324.

rechtsleer kwalificeert de relatie arts-patiënt immers als een geneeskundige behandelingsovereenkomst³¹, zodat de chirurg in beginsel *ex contractu* kan worden aangesproken indien hij de hoger genoemde voorwaarden niet in acht neemt. Doorgaans kan de patiënt echter eveneens opteren voor de buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering, vermits de fout van de chirurg in vele gevallen ook samenvalt met een misdrijf.³²

§2. Voorwaarden

A. Het therapeutische oogmerk

202. De vereiste van het therapeutische oogmerk vloeit rechtstreeks voort uit de grondslag van de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer.³³ De toelating van de wet blijft immers beperkt tot de handelingen die volgens de wettelijke norm onder de noemer geneeskunst vallen.

De bedoeling die de wetgever voorstond bij de organisatie van de geneeskunst, komt duidelijk naar voren in artikel 1 Wet Uitoefening Geneeskunst. Dit artikel definieert de geneeskunst als “de geneeskunde, de tandheelkunde inbegrepen, uitgeoefend ten aanzien van menselijke wezens, en de artsenijsbereidkunde, *onder hun curatief of preventief voorkomen*”.³⁴ Hieruit blijkt uitdrukkelijk dat een geneeskundig handelen steeds een diagnostisch, preventief of

³¹ Zie o.m. Luik 10 juli 1951, *R.G.A.R.* 1951, nr. 4851; Brussel 19 januari 1965, *Pas.* 1966, II, 13; Antwerpen 19 mei 1980, *VI. T. Gez.* 1981, 39, noot R. KRUIHOF; Bergen 13 december 1983, *R.G.A.R.* 1985, nr. 10930; Rb. Antwerpen 18 mei 1962, *R.G.A.R.* 1963, nr. 7078; Rb. Leuven 6 juni 1973, *R.G.A.R.* 1973, nr. 9101; Rb. Bergen 4 november 1980, *R.G.A.R.* 1982, nr. 10.467; Rb. Turnhout 24 februari 1981, *R.G.A.R.* 1982, nr. 10.480; Rb. Brugge 10 november 1986, *R.W.* 1987-88, 293, noot T. VANSWEEVELT; Rb. Leuven 17 december 1987, *VI. T. Gez.* 1988-89, 292; W.G., noot onder Cass. 16 mei 1974, *Arr. Cass.* 1974, 1039; D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 844; H. NYS, *Geneeskunde*, nrs. 329-341; M. VAN QUICKENBORNE, ‘De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie’, in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 219-225; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis* (hierna verkort geciteerd : *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*), Antwerpen, Maklu, 1992, nrs. 13-16; zie ook Cass. 4 oktober 1973, *Arr. Cass.* 1974, 132.

³² Zie o.m. Brussel 19 januari 1965, *Pas.* 1966, II, 13; Bergen 13 december 1983, *R.G.A.R.* 1985, nr. 10930; Rb. Bergen 4 november 1980, *R.G.A.R.* 1982, nr. 10.467; Rb. Leuven 17 december 1987, *VI. T. Gez.* 1988-89, 292; H. NYS, *Geneeskunde*, nr. 329; D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 844; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nrs. 617-621; cf. Antwerpen 19 mei 1980, *VI. T. Gez.* 1981, 39, noot R. KRUIHOF; zie ook Cass. 4 oktober 1973, *Arr. Cass.* 1974, 132.

³³ P. ARNOU, ‘De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer’, *l.c.*, 170; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 34; H. NYS, ‘Eigendom in het medisch recht’, *l.c.*, 2364; cf. L. DUPONT, *Beginselen*, I, nr. 302; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek*, I, nr. 393.

³⁴ Cursivering toegevoegd.

curatief doel veronderstelt.³⁵ De wet bepaalt evenwel niet wat moet worden verstaan onder “curatief of preventief voorkomen”. De draagwijdte van de wettelijke begrenzing van hetgeen als een geoorloofde medische ingreep kan worden beschouwd, hangt bijgevolg af van de wijze waarop het begrip “therapeutisch oogmerk” door de rechtspraak wordt geïnterpreteerd. Daarbij dient de rechter rekening te houden met de evolutie van de medische wetenschap en de omstandigheden eigen aan de zaak.³⁶

203. Volgens de klassieke strekking in de Belgische rechtsleer moet het therapeutische oogmerk worden uitgelegd als het genezen of voorkomen van een fysieke of psychische aandoening.³⁷

In deze restrictieve benadering is het uitvoeren van een geslachtsoperatie niet toegelaten.³⁸ Vermits transseksuelen niet lijden aan een psychische stoornis in de enge zin van het woord, en het vooralsnog niet is aangetoond dat genderdysforie wordt veroorzaakt door een aanwijsbare lichamelijke dysfunctie, heeft deze ingreep *stricto sensu* geen “preventief” of “genezend” karakter.³⁹ Met name het wegnemen van in beginsel gezonde organen (*orchidectomie* bij man-naar-vrouw-transseksuelen, *mastectomie* en *oöforohysterectomie* bij vrouw-naar-man-transseksuelen) voldoet in de klassieke opvatting niet aan de therapeutische vereiste.

204. In de recente rechtsleer wordt bij de beoordeling van het therapeutische karakter van een medische ingreep echter uitgegaan van een ruimere omschrijving van het begrip gezondheid.⁴⁰

³⁵ P. ARNOU, ‘De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer’, *I.c.*, 170; J.-L. FAGNART, *I.c.*, 233; C. HENNAU-HUBLET, *L’activité médicale et le droit pénal*, nr. 34; P. SENAEVE, *Compendium*, nr. 451; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht*, I, 211; M. VAN QUICKENBORNE, ‘De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie’, *R.W.* 1986-87, 2404; J. VELAERS, ‘Het menselijk lichaam en de grondrechten’, *I.c.*, 196; cf. Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54.

³⁶ Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115; H. VANDENBERGHE, *I.c.*, 128; cf. F. SWENNEN, *I.c.*, 8; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 87.

³⁷ D. VANDERMEERSCH, *I.c.*, 849.

³⁸ Cf. F. SWENNEN, *I.c.*, 4.

³⁹ Cf. L.J. GOOREN, ‘Transseksualiteit. I. Omschrijving, etiologie, hulpverlening’, *Ned. Tijdschr. Gen.* 1992, 1894.

⁴⁰ P. ARNOU, ‘De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer’, *I.c.*, 170; J.-L. FAGNART, *I.c.*, 233; E. GULDIX, ‘De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht’, *R.W.* 1993-94, 1105; C. HENNAU-HUBLET, *L’activité médicale et le droit pénal*, nr. 36-37; H. NYS, *Geneeskunde*, nr. 313; P. SENAEVE, *Compendium*, nr. 451; R. VANDENDRIESCH, ‘De geneesheer, de gezondheidszorg en de maatschappij’, *T.P.R.* 1974, 365-366; J. VELAERS, ‘Het menselijk lichaam en de grondrechten’, *I.c.*, 197; zie F. SWENNEN, *I.c.*, 8 en 13-15; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 136; M. VAN (wordt vervolgd...)

In navolging van de definitie van de Wereldgezondheidsorganisatie wordt aanvaard dat geneeskunst meer beoogt dan het louter voorkomen of genezen van ziekten en functionele gebreken. De inhoud van het begrip gezondheid evolueert in deze visie tot het algehele fysieke, psychische en sociale welzijn van de persoon.

205. Met betrekking tot de geslachtsveranderende operatie werd laatstgenoemd standpunt voor het eerst verwoord in een vonnis van 27 september 1969 van de correctionele rechtbank te Brussel.⁴¹ In deze zaak heeft de rechtbank terecht aanvaard dat de geslachtschirurgie beantwoordt aan de vereiste van het therapeutische oogmerk, op grond van de overweging dat geslachtswijzigende ingreep als enige van aard is om het algemene psychosociale welzijn van de transseksuele patiënt in belangrijke mate te verbeteren. Hieraan wordt volgens de rechtbank geen afbreuk gedaan door de controverses die er - zeker op dat ogenblik - in de medische wetenschap bestaan omtrent het uiteindelijke resultaat van de geslachtswijzigende operatie.

Sedert dit vonnis wordt het therapeutische doel van de geslachtschirurgie vrij algemeen aanvaard in de Belgische rechtspraak en rechtsleer.⁴² Deze zienswijze sluit aan bij de bevindingen van een aantal betrouwbare follow-up onderzoeken, die duidelijk aangeven dat de geslachtsaanpassende behandeling de algemene levenssituatie van transseksuelen verbetert.⁴³

B. Verhouding tussen het gevaar voor de patiënt en de behandeling

206. Een heelkundige ingreep is slechts geoorloofd voor zover de nadelen en de risico's die

QUICKENBORNE, o.c., in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 213-214; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *R.W.* 1986-87, 2404.

⁴¹ Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115.

⁴² Rb. Luik 1 april 1981, *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 357 en *Jur. Liège* 1981, 219; Rb. Neufchâteau, 14 januari 1987, *Rev. Rég. Dr.* 1987, 147, noot X. DIJON en *Rev. Liège* 1987, 354; Rb. Mechelen 12 april 1990, *Pas.* 1990, III, 123, noot F.B.; Rb. Mechelen 31 mei 1990, *R.W.* 1990-91, 510, noot J. GERLO; Rb. Mechelen 17 maart 1994, *R.W.* 1994-95, 889, noot K. UYTTERHOEVEN; J. GERLO, *l.c.*, 512; H. NYS, *Geneeskunde*, nr. 518; F. SWENNEN, *l.c.*, 13-15; cf. Brussel 7 april 1992, *Pas.* 1992, II, 49, concl. J.P. GEYSKENS, verwijzende noot; P. ARNOU, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer', *l.c.*, 171; E. GULDIX, 'De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht', *R.W.* 1993-94, 1105; A. MAERTENS, *l.c.*, 305-306; J.M. PAUWELS, 'Verandering van de geslachtsaanduiding bij transseksuelen', (noot onder Rb. Mechelen 17 juni 1975), *l.c.*, 879-880; P. SENAËVE, *Compendium*, nrs. 451 en 494.

⁴³ Zie *supra*, nrs. 44-45.

eraan verbonden zijn, opwegen tegen het nagestreefde therapeutische oogmerk.⁴⁴ Bij het uitvoeren van deze proportionaliteitstoets moet rekening worden gehouden met de medische indicaties en de stand van de medische wetenschap.⁴⁵

207. In het hoger aangehaalde vonnis van 27 september 1969 heeft de correctionele rechtbank te Brussel geoordeeld dat de geslachtsoperatie niet disproportioneel is ten opzichte van het identiteitsprobleem waarop deze behandeling de medische responsie is.⁴⁶

Hoewel dit niet uitdrukkelijk uit het vonnis blijkt, lijkt de vaststelling dat deze ingreep de enige is die het subjectief welbevinden en de sociale integratie van de transseksueel daadwerkelijk bevordert, aan de grondslag te liggen van dit besluit. Dit stemt overeen met de ervaring uit de hulpverleningspraktijk, die leert dat psychotherapie bij transseksuelen zelden tot therapeutisch succes leidt. Aangezien ook wetenschappelijk onderzoek heeft aangetoond dat de wijziging van de lichamelijke geslachtskenmerken de meest aangewezen behandeling is van extreme gender-dysforie, kan bezwaarlijk worden betwist dat de risico's en de nadelen van deze behandeling niet in verhouding staan met het nagestreefde resultaat.⁴⁷

C. Informed consent

1. Het recht op toestemming

a) Algemeen

208. In de Belgische rechtspraak en rechtsleer wordt algemeen aanvaard dat de toestemming van de patiënt in beginsel een noodzakelijke voorwaarde vormt voor de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer.⁴⁸ Een heelkundige ingreep is dan ook slechts geoorloofd voor

⁴⁴ M.T. MEULDERS-KLEIN, *l.c.*, 7; J.-L. FAGNART, *l.c.*, 235; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 47-50; P. SENAËVE, *Compendium*, nr. 451; F. SWENNEN, *l.c.*, 9; H. VANDENBERGHE, *l.c.*, 128; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *l.c.*, 347-348; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 136 en 248; cf. Antwerpen 12 oktober 1994, *T. Gez.* 1998-99, 214; Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115.

⁴⁵ F. SWENNEN, *l.c.*, 9 en 11-12; cf. Antwerpen 12 oktober 1994, *T. Gez.* 1998-99, 214.

⁴⁶ Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115.

⁴⁷ Cf. F. SWENNEN, *l.c.*, 11-12; zie ook Brussel 7 april 1992, *Pas.* 1992, II, 49, concl. J.P. GEYSKENS, verwijzende noot.

⁴⁸ Cass. 4 oktober 1973, *Arr. Cass.* 1974, 132; Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54; Brussel 29 maart 1996, *T. Gez.* 1998-99, 32 noot D. PHILIPPE; Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115; P. ARNOU, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer', *l.c.*, 170-171; W. DELVA en R. (wordt vervolgd...)

zover de patiënt op vrije en voorgelichte wijze zijn wil te kennen heeft gegeven met deze medische handeling akkoord te gaan.

Deze beschermingsvoorwaarde is onlosmakelijk verbonden met het recht op fysieke integriteit.⁴⁹ In samenhang met het zelfbeschikkingsrecht houdt dit persoonlijkheidsrecht onder meer in dat de patiënt zelf kan beslissen om een medische behandeling al dan niet te ondergaan.⁵⁰ De toestemming van de patiënt is derhalve steeds vereist ongeacht de aard van de medische behandeling.⁵¹ Alleen in geval van hoogdringendheid, of bij feitelijk beslissingsonbekwame patiënten kan van deze vereiste worden afgeweken.⁵²⁻⁵³

De chirurg die een geslachtsoperatie uitvoert, dient dus in elk geval de toestemming van de transseksueel te vragen. Gelet op de aard van de ingreep en de medische indicatie, kan de heelkundige wijziging van de lichamelijke geslachtskenmerken immers nooit een hoogdringend karakter vertonen. Om dezelfde reden kan de heelkundige geslachtswijziging ook nooit worden toegepast bij een juridisch handelingsonbekwame of een feitelijk beslissingsonbekwame persoon.

DIERKENS, 'Enkele civielrechtelijke aspecten van contraceptie, sterilisatie en kunstmatige inseminatie', *T.P.R.* 1974, 482; R.O. DALCQ, 'La responsabilité médicale', *I.c.*, 356; L. DUPONT, *Beginselen*, I, nr. 302; J.-L. FAGNART, *I.c.*, 241; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 19-20; P. SENAËVE, *Compendium*, nr. 451; F. SWENNEN, *I.c.*, 8; H. VANDENBERGHE, *I.c.*, 129; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht*, I, 211; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 213-211; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.W.* 1986-87, 2403; T. VANSWEEVELT, *Aids en recht. Een aansprakelijkheids- en verzekeringsrechtelijke studie* (hierna verkort geciteerd : *Aids en recht*), Antwerpen, Maklu, 1989, nr. 12; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 234; J. VELAERS, 'Het menselijk lichaam en de grondrechten', *I.c.*, 193; cf. H. NYS, *Geneeskunde*, nr. 315; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *I.c.*, 311.

⁴⁹ Brussel 24 december 1992, *R.G.A.R.* 1994, p. 12.328; Brussel 29 maart 1996, *T. Gez.* 1998-99, 32, noot D. PHILIPPE; Luik 30 april 1998, *T. Gez.* 1998-99, 139, noot T. VANSWEEVELT; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 20; F. SWENNEN, *I.c.*, 9; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *I.c.*, 311; T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, nr. 12; cf. J. VELAERS, 'Het menselijk lichaam en de grondrechten', *I.c.*, 193.

⁵⁰ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 234 en 237.

⁵¹ H. NYS, *Geneeskunde*, nr. 315; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 237.

⁵² Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115; L. DUPONT, *Beginselen*, I, nr. 302; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek*, I, nr. 393; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 21; P. SENAËVE, *Compendium*, nrs. 451-453; H. VANDENBERGHE, *I.c.*, 130; cf. A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *I.c.*, 332-333; zie J. VELAERS, 'Het menselijk lichaam en de grondrechten', *I.c.*, 193-195.

⁵³ Tenzij de toestand van een feitelijk beslissingsonbekwame patiënt dermate ernstig is, dat een dringend medisch ingrijpen noodzakelijk is, dient de arts volgens de heersende stelling in de Belgische rechtspraak en rechtsleer een vervangende toestemming te verkrijgen van de familieleden : P. SENAËVE, *Compendium*, nr. 453; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.W.* 1986-87, 2403; zie over deze theorie, en de kritiek hierop : T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nrs. 258-273.

209. De vraag rijst evenwel of de eigenheid van het transseksuele syndroom een vrije toestemming tot het ondergaan van een geslachtsaanpassende operatie niet per definitie onmogelijk maakt. Transseksualiteit wordt immers precies gekenmerkt door de onomkeerbare overtuiging te behoren tot het andere geslacht, die gepaard gaat met de afwijzing van de eigen primaire en secundaire geslachtskenmerken en de uitdrukkelijke wens om permanent en onherkenbaar in de rol van de andere sekse te leven.

Nochtans doet de tijdens de diagnostische fase vastgestelde "innerlijke drang" tot aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken geen afbreuk aan de verplichting van de chirurg om de voorafgaande toestemming van de transseksueel te bekomen. De chirurg mag er niet *a priori* van uitgaan dat de transseksueel gelet op de gestelde diagnose steeds zal toestemmen in het ondergaan van de daartoe noodzakelijke zware heelkundige ingrepen. Bezwaren van medische of psychosociale aard kunnen immers dermate doorslaggevend zijn dat de betrokkene uiteindelijk geheel of gedeeltelijk afziet van de operatieve geslachtsverandering.

De intensiteit van het bij de patiënt levende verlangen om ook lichamelijk tot de andere sekse te behoren, moet daarom zowel de chirurg als de andere leden van het gender-team er juist toe aanzetten om een afzonderlijke toestemming te vragen voor elk van de opeenvolgende fasen van de geslachtsaanpassende behandeling. Daarbij dienen telkens de nodige wachttijden in acht te worden genomen ten einde de transseksuele patiënt toe te laten om een weloverwogen beslissing te nemen die niet louter gebaseerd is op de innerlijke wens tot lichamelijke geslachtstransformatie, maar die ook rekening houdt met de gevolgen en de risico's van deze ingreep.⁵⁴

b) *Vormvereisten*

210. De toestemming in een medische behandeling is in beginsel niet aan enige vormvereiste onderworpen.⁵⁵ De patiënt kan zijn toestemming zowel stilzwijgend als uitdrukkelijk (mondeling dan wel schriftelijk) verlenen.

⁵⁴ Cf. R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 319; zie ook M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.W.* 1986-87, 2409-2411. Ook bij de latere beoordeling van de lichamelijke geslachtstransformatie als grondvoorwaarde voor de wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboortekte wordt belang gehecht aan het respecteren van de nodige wachttijden: Rb. Mechelen 12 april 1990, *Pas.* 1990, III, 123, noot F.B.; Rb. Mechelen 31 mei 1990, *R.W.* 1990-91, 510, noot J. GERLO.

⁵⁵ A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *l.c.*, 328; T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, nr. 12; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 274; cf. H. NYS, *Geneeskunde*, nr. 315.

Nochtans kan uit het stilzwijgen van de patiënt slechts een toestemming worden afgeleid, indien dit stilzwijgen in de concrete omstandigheden van de zaak voor geen enkele andere uitleg vatbaar is ("omstandig stilzwijgen").⁵⁶ Zo mag de toestemming onder meer worden verondersteld bij het uitvoeren van eenvoudige, courante of weinig risicovolle handelingen, zonder ingrijpende gevolgen voor de patiënt.⁵⁷

211. Zonder te willen vervallen in een overdreven formalisme, meen ik dat een geslachtsoperatie slechts mag worden uitgevoerd mits de patiënt hiervoor op uitdrukkelijke wijze zijn toestemming heeft gegeven.⁵⁸ Het betreft hier immers een zware en niet alledaagse heelkundige ingreep met verstreckende en onomkeerbare gevolgen voor de transseksuele patiënt.⁵⁹

Nochtans vereist *de lege lata* geen enkele wettelijke bepaling dat de toestemming schriftelijk wordt gegeven, zodat *stricto sensu* de mondelinge wilsverklaring van de transseksueel volstaat.⁶⁰ Niettemin is het - onder meer om bewijstechnische redenen - aangewezen dat de chirurg een schriftelijke toestemming verkrijgt.⁶¹ Desbetreffend kan zelfs worden gesproken van een algemeen geldend gebruik in de medische wereld. Bij soortgelijke ingrepen als (louter) esthetische chirurgie en heelkundige anticonceptie, wordt in de praktijk immers reeds geruime tijd toenemend gebruik gemaakt van zogenaamde toestemmingsformulieren.⁶²

⁵⁶ H. NYS, *Geneeskunde*, nrs. 316-317; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *l.c.*, 329-330; T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, nr. 12; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 275; zie evenwel M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 253.

⁵⁷ Antwerpen 9 november 1987, *R.W.* 1987-88, 1336, noot T. VANSWEEVELT; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *l.c.*, 329-330; T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, nr. 12; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nrs. 276-277.

⁵⁸ J. GERLO, *l.c.*, 512.

⁵⁹ Cf. Adv. Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, 21 maart 1992, *T. Orde Gen.* 1992, nr. 56, 39.

⁶⁰ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 279.

⁶¹ W. DELVA en R. DIERKENS, 'Enkele civielrechtelijke aspecten van contraceptie, sterilisatie en kunstmatige inseminatie', *l.c.*, 482; J. GERLO, *l.c.*, 512; *contra* T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 279.

⁶² H. NYS, *Geneeskunde*, nr. 326; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *l.c.*, 329. Zie over de voor- en nadelen van toestemmingsformulieren: T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nrs. 280-302. Zie ook Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115; Rb. Leuven 17 december 1987, *VI. T. Gez.* 1988-89, 292.

Het behandelingsprotocol van het Gentse gender-team legt aan de chirurg dan ook terecht de verplichting op om voorafgaand aan de geslachtsoperatie een uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming te bekomen van de transseksuele patiënt.⁶³ Uit het opgestelde geschrift moet volgens het protocol bovendien blijken dat transseksueel zijn instemming heeft betuigd met de onomkeerbare sterilisatie.⁶⁴

2. Het recht op informatie

212. Opdat aan de toestemming van de patiënt enige waarde zou kunnen worden gehecht, is vereist dat de chirurg *voorafgaand* aan een heelkundige ingreep⁶⁵ de patiënt voldoende en op bevattelijke wijze inlicht over de diagnose, evenals over de aard, draagwijdte en risico's van de operatie en de eventuele gevolgen bij niet-behandeling.⁶⁶ Slechts indien hij beschikt over alle relevante informatie over de ingreep, kan de patiënt met kennis van zaken beslissen of hij deze medische behandeling ondergaat dan wel weigert.⁶⁷

213. Gelet op het ingrijpende en irreversibele karakter van de geslachtsoperatie is het behandelende gender-team verplicht de transseksueel van bij de aanvang van de geslachtsaanpassende behandeling in te lichten over de verschillende aspecten van de

⁶³ R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 321 en 324.

⁶⁴ *Ibid.*, 324.

⁶⁵ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 342.

⁶⁶ Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54; Brussel 29 maart 1996, *T. Gez.* 1998-99, 32, noot D. PHILIPPE; Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115; J.-L. FAGNART, *l.c.*, 243 en 261-263; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 22-23; H. NYS, 'Eigendom in het medisch recht', *l.c.*, 2365; P. SENAËVE, *Compendium*, nr. 451; H. VANDENBERGHE, *l.c.*, 130; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *l.c.*, 315-321; cf. Cass. 4 oktober 1973, *Arr. Cass.* 1974, 132; Brussel 21 juni 1967, *Pas.* 1968, II, 42; Luik 30 april 1998, *T. Gez.* 1998-99, 139, noot T. VANSWEEVELT; H. NYS, *Geneeskunde*, nr. 305-306; zie T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 346-394; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 232-237; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.W.* 1986-87, 2417-2421.

⁶⁷ Luik 30 april 1998, *T. Gez.* 1998-99, 139, noot T. VANSWEEVELT; R.O. DALCQ, 'La responsabilité médicale', *l.c.*, 361-362; H. NYS, *Geneeskunde*, nrs. 300-301; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 23; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *l.c.*, 313; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 229; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 328.

geslachtsoperatie.⁶⁸ Alleen een tijdige informatieverstrekking biedt de transseksueel voldoende bedenktijd om de beslissing op weloverwogen wijze te nemen.⁶⁹

In de praktijk verloopt het proces van de geslachtstransformatie daarom in verschillende stadia. Tijdens elk van deze fases rust op de leden van het behandelende gender-team (psychiater, psycholoog, endocrinoloog, chirurg) de verplichting om, ieder voor zijn vakgebied⁷⁰, de transseksuele patiënt tijdig te informeren over de daaropvolgende fase.⁷¹

214. De aard en de gevolgen van de geslachtsaanpassende operatie brengen mee dat ook inhoudelijk op de chirurg een zwaardere informatieverplichting rust⁷², te meer daar het uitvoeren van deze ingreep nooit spoedeisend is.⁷³ *In casu* ligt het zwaartepunt van de informatieplicht mijns inziens bij de draagwijdte en het precieze verloop van de geslachtsaanpassende behandeling, alsmede bij de normale en voorzienbare risico's die aan de geslachtsoperatie verbonden zijn. Tevens moeten de lichamelijke, psychische, familiale en sociale gevolgen van deze ingreep worden toegelicht.⁷⁴

De transseksuele patiënt moet alleszins uitdrukkelijk worden gewezen op het onomkeerbare en zware karakter van deze ingreep.⁷⁵ Hij behoort onder meer te weten dat de ingreep leidt tot een irreversibele onvruchtbaarheid. Bij vrouw-naar-man-transseksuelen moeten de functionele en esthetische beperkingen van de falloplastiek worden toegelicht.

⁶⁸ Zie T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 345.

⁶⁹ A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *I.c.*, 325; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nrs. 342 en 344; cf. Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54.

⁷⁰ A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *I.c.*, 324; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 334.

⁷¹ Cf. M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.W.* 1986-87, 2415.

⁷² Cf. Antwerpen 22 juni 1998, *T. Gez.* 1998-99, 144; Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115; J.-L. FAGNART, *I.c.*, 262-263; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 23; F. SWENNEN, *I.c.* 15-16.

⁷³ Luik 30 april 1998, *T. Gez.* 1998-99, 139, noot T. VANSWEEVELT; cf. T. VANSWEEVELT, 'Un revirement de jurisprudence: la charge de preuve en matière d'information médicale', (noot onder Luik 30 april 1998), *T. Gez.* 1998-99, 144.

⁷⁴ R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *I.c.*, 319.

⁷⁵ D. VANDERMEERSCH, *I.c.*, 851.

215. Het verstrekken van een informatiefolder of een gestandaardiseerd voorlichtings- en toestemmingsformulier volstaat niet.⁷⁶

De schriftelijke voorlichting moet tijdens elk van de verschillende fasen van de geslachtsaanpassende behandeling worden gevolgd door een persoonlijk gesprek tussen de artsen en de patiënt. Tijdens dit gesprek moet de arts onder meer nagaan of de patiënt de inhoud van de brochure of het formulier heeft begrepen.⁷⁷ Zelfs indien aan de patiënt een geïndividualiseerd, verstaanbaar en omstandig voorlichtings- en toestemmingsformulier wordt overhandigd, blijft een mondelinge informatieverstrekking, aangepast aan de individuele noden van de patiënt onontbeerlijk.⁷⁸

D. Toepassing van de beschikbare wetenschappelijke kennis en strikte naleving van de regels van de kunst en de beroepsgebruiken

1. Algemeen

216. Bij het uitvoeren van een heelkundige ingreep dient de chirurg de regels van de kunst en de gebruiken van zijn beroep na te leven.⁷⁹ Op de chirurg rust tevens de verplichting om kennis te nemen van de beschikbare wetenschappelijke gegevens en de evolutie van de operatieve technieken nauwgezet op te volgen.⁸⁰

Desbetreffend mogen zeer hoge eisen worden gesteld aan chirurgen die een geslachtsaanpassende operatie uitvoeren. De post-operatieve resultaten van deze operatie zullen immers mede bepalend zijn voor het algemeen welbevinden van de transseksueel

⁷⁶ Luik 30 april 1998, *T. Gez.* 1998-99, 139, noot T. VANSWEEVELT; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 253-254; T. VANSWEEVELT, 'Un revirement de jurisprudence: la charge de preuve en matière d'information médicale', (noot onder Luik 30 april 1998), *l.c.*, 144.

⁷⁷ Luik 30 april 1998, *T. Gez.* 1998-99, 139, noot T. VANSWEEVELT.

⁷⁸ T. VANSWEEVELT, 'Un revirement de jurisprudence: la charge de preuve en matière d'information médicale', (noot onder Luik 30 april 1998), *l.c.*, 144.

⁷⁹ Brussel 19 januari 1965, *Pas.* 1966, II, 13; Brussel 21 juni 1967, *Pas.* 1968, II, 42; Bergen 13 december 1983, *R.G.A.R.* 1985, nr. 10930; L. DUPONT, *Beginselen*, I, nr. 302; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek*, I, nr. 393; J. VELAERS, 'Het menselijk lichaam en de grondrechten', *l.c.*, 196; cf. Luik 10 juli 1951, *R.G.A.R.* 1951, nr. 4851; Corr. Neufchâteau 26 mei 1983, *Rev. dr. pén.* 1983, 809; Rb. Turnhout 24 februari 1981, *R.G.A.R.* 1982, nr. 10480.

⁸⁰ Brussel 21 juni 1967, *Pas.* 1968, II, 42; Antwerpen 19 mei 1980, *VI. T. Gez.* 1981, 39, noot R. KRUIHOF; Rb. Antwerpen 18 mei 1962, *R.G.A.R.* 1963, nr. 7078; Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115; P. ARNOU, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer', *l.c.*, 175; J.-L. FAGNART, *l.c.*, 222-224; H. VANDENBERGHE, *l.c.*, 124-125; cf. D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 853.

217. Tot op heden bestaan er in België echter geen specifieke standaardnormen noch een algemeen aanvaard medisch protocol met betrekking tot de behandeling van transseksuele personen.

Wel heeft de Nationale Raad van de Belgische Orde van Geneesheren *ad hoc* enkele adviezen verleend naar aanleiding van concrete vragen omtrent de geslachtsaanpassende behandeling. Daarnaast wordt de medisch-professionele standaard verder ingevuld door het ontwerp-protocol van het Gentse gender-team, dat weliswaar de individuele artsen niet verbindt, maar minstens gezaghebbend is bij de beoordeling van de naleving van de regels van de kunst en de beroepsgebruiken. Tenslotte kunnen ook uit de rechtspraak en de (medische en juridische) literatuur - rechtstreeks dan wel door toepassing van meer algemene normen - concrete regels worden afgeleid voor de uitvoering van de geslachtsaanpassende behandeling

In de mate waarin deze voorschriften bijzonder eisen stellen ten aanzien van de persoon van de transseksueel, blijft hun werking echter niet beperkt tot de aansprakelijkheid van de behandelende geneesheer. Vermits de voorafgaande heelkundige aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken een (relatieve) grondvoorwaarde is van de vordering van staat tot wijziging van het geslacht, raken zij onrechtstreeks de grond van deze vordering.⁸¹ Hierna wordt dan ook nagegaan welke zorgvuldigheidsregels en beroepsgebruiken voorwaarden er desbetreffend uit de medisch-professionele standaard voortvloeien.

2. De diagnosestelling van transseksualiteit

218. Reeds in 1974 heeft de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren het belang van een zorgvuldig uitgewerkte diagnosestelling onderlijnd.⁸² Het zware en omkeerbare karakter van de geslachtsaanpassende behandeling brengt mee dat deze therapie slechts mag worden toegepast bij personen bij wie de diagnose van transseksualiteit met voldoende zekerheid vaststaat.⁸³

In zijn ontwerp van medisch protocol omschrijft het Gentse gender-team een transseksueel in de enge medische zin als "de patiënt die in onbehagen leeft met zijn eigen anatomie, wenst bevrijd te worden van zijn eigen genitalia en wenst te leven in het andere geslacht."⁸⁴

⁸¹ Zie *infra*, nrs. 475-477.

⁸² Adv. Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, 16 maart 1974, *Officieel Tijdschrift*. 1973-74, nr. 23, 76-77.

⁸³ Cf. M.-T. MUELDERS-KLEIN, *l.c.*, 8.

⁸⁴ R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 324.

Bijkomend vereist het Gentse team dat de stoornis gedurende ten minste twee jaar ongewijzigd aanwezig is. Deze definitie kan als richtlijn fungeren bij de selectie van de personen die tot de behandeling kunnen worden toegelaten.

219. Het stellen van de diagnose vereist in elk geval de tussenkomst van een psychiater en een psycholoog.⁸⁵ Patiënten die lijden aan schizofrenie of andere psychiatrische stoornissen moeten immers van de geslachtsaanpassende behandeling worden uitgesloten.⁸⁶

Daarnaast dringt een endocrinologisch en klinisch onderzoek zich op, ten einde eventuele genetische abnormaliteiten of vormen van fysieke interseksualiteit op te sporen.⁸⁷

220. Een strikte toepassing van deze principes leidt er toe dat de geslachtsaanpassende behandeling in beginsel moet worden uitgevoerd in gespecialiseerde centra, waar de patiënt wordt gevolgd en begeleid door een multidisciplinair team.⁸⁸

3. De therapeutische beslissingen

221. De hormonale therapie kan slechts worden opgestart na een voldoende lange observatieperiode, waarin de transseksuele patiënt wordt begeleid door het multidisciplinaire team.⁸⁹ De endocrinoloog mag de beslissing om over te gaan tot het toedienen van hormonen slechts nemen na overleg met de andere leden van dit team.

Deze principes gelden *a fortiori* voor de beslissing om over te gaan tot de chirurgische ingreep.⁹⁰ De beslissing tot heelkundige behandeling dient naar mijn mening zelfs noodzakelijk een collegiale beslissing van het behandelende team te zijn.⁹¹ Overeenkomstig de

⁸⁵ G. DE CUYPERE, 'Schizophrenia and symptomatic trans-sexualism: two case reports', *Eur. Psychiatry* 1993, 163; cf. Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 115; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 319.

⁸⁶ R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 324.

⁸⁷ G. DE CUYPERE, 'Schizophrenia and symptomatic trans-sexualism: two case reports', *l.c.*, 163; R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 324.

⁸⁸ Adv. Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, 20 september 1997, *T. Orde Gen.* 1998, nr. 79, 21.

⁸⁹ Adv. Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, 20 september 1997, *T. Orde Gen.* 1998, nr. 79, 21; cf. Adv. Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, 21 maart 1992, *T. Orde Gen.* 1992, nr. 56, 40.

⁹⁰ R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 324.

⁹¹ *Ibid.*, 321 en 324.

Standards of Care van Harry BENJAMIN vraagt het Gentse gender-team bovendien dat de patiënt voorafgaand aan de operatieve ingreep de *two-year real life* test heeft ondergaan.

4. Leeftijd

a) Belang van de leeftijdsvereiste

222. Door de betere informatieverstrekking over transseksualiteit verzoeken transseksuelen op steeds jongere leeftijd om een geslachtsoperatie te mogen ondergaan.⁹² In de medische praktijk is dan ook herhaaldelijk de vraag gerezen of de geslachtsaanpassende behandeling mag worden toegepast bij een minderjarige transseksueel.

Het praktische belang van deze delicate vraagstelling is niet onaanzienlijk. Door de geslachtsaanpassende behandeling reeds te starten in de adolescentiefase, wordt de verdere ontwikkeling van de secundaire geslachtskenmerken eigen aan de oorspronkelijke sekse afgeremd, zodat betere post-operatieve resultaten worden bekomen.⁹³ Bovendien komt een vroege behandeling de psychosociale ontwikkeling van de transseksuele adolescent ten goede komen.⁹⁴

Anderzijds mag niet uit het oog worden verloren dat de geslachtsaanpassende behandeling, en in het bijzonder de operatieve aanpassing aan het gewenste geslacht, een ernstige ingreep is met verstreckende en onomkeerbare gevolgen. Men zou kunnen argumenteren dat dergelijke medische behandeling niet mag worden aangevat in een levensfase waarin jongeren bij uitstek hun eigen identiteit in vraag stellen en experimenteren met allerlei aspecten van het leven.⁹⁵

⁹² R. REID, 'Aspects psychiatriques et psychologiques du transsexualisme', in X. (ed.), *Transsexualisme, médecine et droit. Actes XXIII^e Colloque de droit européen*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1995, 36.

⁹³ P. COHEN-KETTENIS, A.J. KUIPER, W.A. ZWAAN en F.J. HUYSE, 'Transseksualiteit. II. Diagnostiek: de eerste, tentatieve, fase', *Ned. Tijdschr. Gen.* 1992, 1897; R. REID, *l.c.*, 36.

⁹⁴ P. COHEN-KETTENIS, A.J. KUIPER, W.A. ZWAAN en F.J. HUYSE, 'Transseksualiteit. II. Diagnostiek: de eerste, tentatieve, fase', *l.c.*, 1897; R. REID, *l.c.*, 36.

⁹⁵ P. COHEN-KETTENIS, A.J. KUIPER, W.A. ZWAAN en F.J. HUYSE, 'Transseksualiteit. II. Diagnostiek: de eerste, tentatieve, fase', *l.c.*, 1897; R. REID, *l.c.*, 36.

b) *De behandeling van een minderjarige transseksueel*

i) ALGEMENE REGEL INZAKE DE BEHANDELING VAN MINDERJARIGEN

223. In de medische wereld wordt niet geopteerd voor een welbepaalde leeftijdsgrens waarboven een minderjarige toestemming kan geven in een medische tussenkomst.

Volgens de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren heeft een minderjarige het recht om zelfstandig een arts te raadplegen en de eerbiediging van het beroepsgeheim te eisen, indien hij "tot de jaren van verstand is gekomen".⁹⁶⁻⁹⁷ Alsdan heeft de arts ook het recht om deze minderjarige te verzorgen en de in zijn situatie vereiste medische handelingen te stellen.⁹⁸ Heeft de minderjarige het vereiste niveau van onderscheidingsvermogen echter nog niet bereikt, dan mag de arts in principe slechts handelen met de instemming van de wettelijke vertegenwoordiger(s) van de minderjarige, behoudens hoogdringendheid.⁹⁹ Ten opzichte van de wettelijke vertegenwoordiger(s) is de arts dan niet gebonden door het beroepsgeheim.¹⁰⁰

224. Bij de beoordeling van het onderscheidingsvermogen van een minderjarige moet de arts onder meer rekening houden met de persoonlijkheid van het kind, de aard van de medische handeling, en de familiale en sociale situatie.¹⁰¹

⁹⁶ Adv. Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, *Officieel Tijdschrift* 1977-78, nr. 26, 54-56; J. BACQUELAINE, 'De rechten van het kind. De geneesheer en het kind', *T. Orde Geneesh.* 1990, 38-39; H. NYS, *Geneeskunde*, nr. 540.

⁹⁷ Een gelijkaardige opvatting wordt in de recente rechtsleer verdedigd met betrekking tot de relatieve bekwaamheid van mondige minderjarigen : zie H. NYS, *Geneeskunde*, nr. 541-549; L. VAN SLYCKEN, 'Beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam', *l.c.*, 283-285; T. VANSWEEVELT, 'Persoonlijkheidsrechten van minderjarigen en grenzen van het ouderlijk gezag: de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling', in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 282-289.

⁹⁸ Adv. Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, *Officieel Tijdschrift* 1977-78, nr. 26, 56; J. BACQUELAINE, *l.c.*, 38-39; H. NYS, *Geneeskunde*, nr. 540.

⁹⁹ Adv. Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, *Officieel Tijdschrift* 1977-78, nr. 26, 53; H. NYS, *Geneeskunde*, nr. 540; L. VAN SLYCKEN, 'Beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam', *l.c.*, 289.

¹⁰⁰ Adv. Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, *Officieel Tijdschrift* 1977-78, nr. 26, 53-54; J. BACQUELAINE, *l.c.*, 38-39.

¹⁰¹ Adv. Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, *Officieel Tijdschrift* 1977-78, nr. 26, 54; H. NYS, *Geneeskunde*, nr. 540; cf. T. VANSWEEVELT, 'Persoonlijkheidsrechten van minderjarigen en grenzen van het ouderlijk gezag: de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling', *l.c.*, 284-285.

ii) TOEPASSING VAN DEZE REGEL OP DE GESLACHTSAANPASSENDE BEHANDELING

225. Deze algemene principes worden in beginsel ook toegepast op de geslachtsaanpassende behandeling. Nochtans lijkt er enige evolutie te zijn opgetreden in het standpunt van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren.

In zijn advies van 21 maart 1992 was de Nationale Raad van oordeel dat, behalve in *echt* spoedeisende gevallen¹⁰², “iedere ingreep” moet worden uitgesteld tot de patiënt meerderjarig is.¹⁰³ Omwille van het zware en onomkeerbare karakter van de behandeling, gaat de Raad er van dat de geslachtsaanpassende behandeling slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden mag worden aangevat tijdens de minderjarigheid. In elk geval moeten de wettelijke vertegenwoordigers van de minderjarige voorafgaandelijk op de hoogte worden gebracht van de medische of chirurgische ingrepen die hun kind ondergaat.¹⁰⁴

In een recenter advies verwijst de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren naar de algemene regel inzake de behandeling van minderjarigen. Een minderjarige mag slechts alleen beslissen om een hormonale behandeling te ondergaan indien hij getuigt van een voldoende mentale rijpheid in functie van de problematiek van transseksualiteit.¹⁰⁵ Vermits de geslachtsaanpassende behandeling een ernstige ingreep is, dient de arts-endocrinoloog uiterst omzichtig te werk te gaan bij de beoordeling van het verzoek van de minderjarige. Bovendien mag slechts worden besloten tot het starten van de hormonale behandeling na multidisciplinair overleg.¹⁰⁶ De Nationale Raad benadrukt verder dat de ouders of de voogd in geen geval in de plaats van de minderjarige kunnen beslissen. De Raad beveelt wel aan dat naast de toestemming van de minderjarige ook de toestemming van de wettelijke vertegenwoordigers wordt bekomen.¹⁰⁷

¹⁰² Cursivering toegevoegd door mij, K.U.

¹⁰³ Adv. Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, 21 maart 1992, *T. Orde Geneesh.* 1992, nr. 56, 39-40.

¹⁰⁴ Adv. Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, 21 maart 1992, *T. Orde Geneesh.* 1992, nr. 56, 40.

¹⁰⁵ Adv. Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, 20 september 1997, *T. Orde Geneesh.* 1998, nr. 79, 21.

¹⁰⁶ Adv. Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, 20 september 1997, *T. Orde Geneesh.* 1998, nr. 79, 21.

¹⁰⁷ Adv. Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, 20 september 1997, *T. Orde Geneesh.* 1998, nr. 79, 21; cf. T. VANSWEEVELT, ‘Persoonlijkheidsrechten van minderjarigen en grenzen van het ouderlijk gezag: de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling’, *l.c.*, 288-289.

226. Samengevat kan worden gesteld dat de gedragsregels van de artsen niet *a priori* uitsluiten dat in het kader van een geslachtsaanpassende behandeling hormonen worden toegediend aan een minderjarige met voldoende onderscheidingsvermogen ten einde het optreden van de secundaire geslachtskenmerken tegen te gaan. De aard van de behandeling brengt evenwel mee dat hogere eisen moeten worden gesteld met betrekking tot de geestelijke rijpheid.

De geslachtsaanpassende chirurgie dient daarentegen in de regel te worden uitgesteld tot na de meerderjarigheid.¹⁰⁸ Het onherroepelijke karakter en de ernstige gevolgen die de operatieve geslachtswijziging heeft voor de verdere ontwikkeling van de persoonlijkheid, verzetten zich ertegen dat een minderjarige deze heelkundige ingrepen ondergaat.

5. De behandeling van gehuwde transseksuelen

227. In het ontwerp van behandelingsprotocol heeft het Gentse gender-team de voorwaarde opgenomen dat de patiënt die een geslachtsoperatie wil ondergaan, ongehuwd moet zijn.¹⁰⁹

Deze stelling lijkt mij evenwel te verregaand. Indien de operatieve aanpassing van de geslachtskenmerken wordt voorbehouden aan ongehuwde personen, bestaat het risico dat de huwelijkspartner van een gehuwde transseksueel misbruik maakt van deze voorwaarde in het kader van een echtscheidingsprocedure door onderlinge toestemming. De echtgenoot van de transseksueel kan met name trachten om bepaalde bijkomende voordelen te bekomen tijdens de onderhandelingen over de overeenkomsten die voorafgaand aan het inleiden van de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming moeten worden opgesteld. Weigert de echtgenoot mee te werken aan een echtscheiding door onderlinge toestemming, dan zal de transseksueel bij gebreke aan overspel of een andere schuldgrond tot echtscheiding in hoofde van zijn niet-transseksuele partner, twee jaren moeten wachten alvorens - na het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis dat de echtscheiding op grond van een feitelijke scheiding van minstens twee jaar uitspreekt - in aanmerking te komen voor een geslachtsaanpassende operatie.

¹⁰⁸ Het ontwerp van "deontologisch reglement" van het Gentse gender-team vereist dat de patiënt de leeftijd van 21 jaar heeft bereikt : R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 324. Dit ontwerp dateert evenwel van vóór de verlaging van de grens van de meerderjarigheid, zodat mag worden aangenomen dat deze vereiste inhoudt dat de transseksueel meerderjarig moet zijn om in aanmerking te komen voor heelkundige aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken. Cf. H. NYS, *Geneeskunde*, nr. 549.

¹⁰⁹ R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 324.

228. De vraag rijst echter of het gender-team de toestemming van de partner van de gehuwde transseksueel nodig heeft voor het uitvoeren van de geslachtsaanpassende operatie.

Stricto sensu is het recht op fysieke integriteit een hoogstpersoonlijk recht, dat de transseksueel zelf en zelfstandig uitoefent.¹¹⁰ De toestemming van de echtgeno(o)t(e) van een gehuwde transseksueel is dan ook niet vereist voor de rechtmatigheid van het uitvoeren van de geslachtsaanpassende behandeling.¹¹¹

Een belangrijk gedeelte van de Belgische rechtsleer meent evenwel dat een arts vanuit civielrechtelijk oogpunt de toestemming van beide echtgenoten moet bekomen, indien hij een medische ingreep wil uitvoeren die een effect heeft op de huwelijksrelatie en met name op de voortplanting.¹¹² Vermits de geslachtsaanpassende behandeling bij uitstek een medische ingreep is die verstrekkende gevolgen heeft voor het huwelijksleven en de mogelijkheid tot procreatie, zou men dan ook kunnen stellen dat de toestemming van de gehuwde transseksueel niet volstaat. Met VANSWEEVELT, VAN QUICKENBORNE en anderen ben ik evenwel van oordeel dat de partner van de patiënt zijn echtgeno(o)t(e) niet kan beletten een bepaalde medische handeling te ondergaan, zelfs indien de patiënt hierdoor tekort komt aan de huwelijksverplichtingen.¹¹³ Of de eenzijdige beslissing om een geslachtsaanpassende behandeling als een grove belediging kan worden beschouwd, is een discussie die uitsluitend tussen de echtgenoten kan worden gevoerd in het kader van een echtscheidingsprocedure.¹¹⁴ De geneesheer handelt echter niet in strijd met zijn deontologie door het starten van deze behandeling zonder de toestemming van de echtgeno(o)t(e) van een gehuwde transseksueel.

¹¹⁰ Zie A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *l.c.*, 330; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 244-245. Zie evenwel m.b.t. irreversibele sterilisatie : Luik 30 april 1998, *T. Gez.* 1998-99, 139, noot T. VANSWEEVELT.

¹¹¹ Cf. M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 215-216; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.W.* 1986-87, 2405; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 241; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *l.c.*, 330.

¹¹² W. DELVA en R. DIERKENS, 'Enkele civielrechtelijke aspecten van contraceptie, sterilisatie en kunstmatige inseminatie', *l.c.*, 482; cf. R. DIERKENS, 'Artificiële filiatie', *T.P.R.* 1975, 369-370 en 376-377; P. SENAËVE, 'Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven', *R.W.* 1985-86, 644-645; zie ook Luik 30 april 1998, *T. Gez.* 1998-99, 139, noot T. VANSWEEVELT.

¹¹³ M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 215-216; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.W.* 1986-87, 2405; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, nr. 245. In dezelfde zin : M. KEMPEN, 'Zelfbeschikking en procreatie binnen het huwelijk', in J. VELAERS (ed.), *Over zichzelf beschikken ? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 227.

¹¹⁴ Zie hierover *infra*, nr. 440.

Ook de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren heeft zich op deontologisch vlak bij deze zienswijze aangesloten. Artikel 54 van de Code van de Geneeskundige plichtenleer bepaalt immers dat de arts geen rekening moet houden met het verzet van de partner tegen een voorgenomen sterilisatie van de echtgenoot.

6. De vereiste van de kinderloosheid

229. Volgens PAUWELS is de aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken een ongeoorloofd medisch handelen indien de transseksueel reeds kinderen heeft.¹¹⁵ Deze stelling heeft in de medische wereld echter geen weerklank gevonden. In het ontwerp van het Gentse gender-team komt de voorwaarde van kinderloosheid bijgevolg niet voor.

Hoewel er ter zake geen enkele norm is geformuleerd, lijkt het niettemin aanbevolen dat de behandelende artsen en hulpverleners de transseksuele ouder wijzen op het belang van een degelijke psychologische begeleiding en ondersteuning van de kinderen gedurende het detransseksualisatieproces.¹¹⁶

§4. Excursus : het toedienen van hormonen en het recht op fysieke integriteit

230. Het langdurige gebruik van hormonen houdt een aantal niet onbelangrijke risico's in voor de gezondheid van de transseksueel. Indien een van deze risico's zich daadwerkelijk manifesteert, rijst de vraag of de endocrinoloog die de hormonen heeft voorgeschreven, strafrechtelijk kan worden vervolgd op grond van artikel 421 Sw. Dit artikel bestraft het onopzettelijk veroorzaken van een ziekte of een ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid door het toedienen van stoffen die de dood kunnen teweegbrengen of de gezondheid zwaar kunnen schaden.

231. Het voorschrijven van hormonen in het kader van een geslachtsaanpassende behandeling valt alleszins onder de noemer "toedienen van stoffen".¹¹⁷ Het begrip "toedienen" wordt door de Belgische rechtspraak ruim geïnterpreteerd, en omvat zowel de positieve handeling van het

¹¹⁵ J.M. PAUWELS, 'Verandering van de geslachtsaanduiding bij transseksuelen', (noot onder Rb. Mechelen 17 juni 1975), *l.c.*, 887; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', *l.c.*, 344.

¹¹⁶ G. DE CUYPERE, C. JANNES en R. RUBENS, 'Medisch-ethische benadering van transseksualiteit en de geslachtsaanpassende behandeling', *l.c.*, 134-135.

¹¹⁷ Cf. Brussel 21 februari 1964, *J.T.* 1964, 313; Corr. Brussel 15 november 1963, *Rev. dr. pén.* 1963-64, 782.

doen nemen of het doen opnemen van stoffen, op welke wijze dan ook,¹¹⁸ als het geheel van handelingen dat noodzakelijk heeft geleid tot de schuldige toediening.¹¹⁹

Het schadelijke karakter van de toegediende hormonen wordt *in concreto* beoordeeld, dit wil zeggen rekening houdend met de voorgeschreven dosis en de omstandigheden waarin ze worden toegediend.¹²⁰

Een belangrijk risico voor de gezondheid van de patiënt volstaat op zichzelf niet om de endocrinoloog strafrechtelijk te veroordelen. Slechts indien de voorgeschreven hormonen effectief een ziekte of een ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid hebben veroorzaakt, zijn alle materiële bestanddelen van het misdrijf verenigd.¹²¹ Elke aantasting van de gezondheid, zelfs een louter functionele kwaal, wordt aangemerkt als het door artikel 421 Sw. vereiste gevolg.¹²² De risico's van de hormonale behandeling die in de medische literatuur worden beschreven voldoen alle aan deze omschrijving.

232. Er mag evenwel worden aangenomen dat de endocrinoloog zich eveneens kan beroepen op de toelating van de wet, mits het voorschrijven van hormonen voldoet aan alle hierboven¹²³ beschreven voorwaarden die vereist zijn voor de strafrechtelijke immuniteit.

¹¹⁸ Cass. 6 mei 1901, *Pas.* 1901, I, 225; Cass. 24 oktober 1938, *Pas.* 1938, I, 332; Brussel 21 februari 1964, *J.T.* 1964, 313; Corr. Brussel 15 november 1963, *Rev. dr. pén.* 1963-64, 782; Corr. Neufchâteau 26 mei 1983, *Rev. dr. pén.* 1983, 809; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nrs. 266-267; cf. Cass. 10 november 1952, *Pas.* 1953, I, 143.

¹¹⁹ Cass. 7 september 1950, *Pas.* 1950, I, 851; zie C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 268-271.

¹²⁰ C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 279; cf. Cass. 10 november 1952, *Pas.* 1953, I, 143.

¹²¹ Cass. 14 juni 1965, *Pas.* 1965, I, 1115; Corr. Brussel 15 november 1963, *Rev. dr. pén.* 1963-64, 782; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 281.

¹²² Brussel 21 februari 1964, *J.T.* 1964, 313; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 285.

¹²³ *Supra*, nrs. 202-229.

HOOFDSTUK II.

DE GESLACHTSAANPASSENDE BEHANDELING NAAR FRANS RECHT

AFDELING 1. HET RECHT OM OVER HET GESLACHT TE BESCHIKKEN

233. Door toe te stemmen in het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling, kent een transseksueel aan de behandelende geneesheren verregaande bevoegdheden toe met betrekking tot zijn lichaam.¹²⁴ De onomkeerbare gevolgen van deze medische behandeling doen de vraag rijzen of een persoon wel het recht heeft om op dergelijke ingrijpende wijze te beschikken over bepaalde bestanddelen van zijn lichaam.¹²⁵ Het menselijke lichaam is immers onlosmakelijk verbonden met de persoon.¹²⁶ Om die reden wordt het reeds van oudsher beschermd, zowel tegen aantastingen van derden, als tegen de beslissingen van de persoon zelf.¹²⁷

234. Sedert 1994 heeft de Franse wetgever een beschermingsregime voor het menselijke lichaam ingeschreven in de Franse Code civil.¹²⁸ De onschendbaarheid van het menselijke lichaam wordt thans vooropgesteld in artikel 16-1 tweede lid C. civ. Andere bepalingen drukken uit dat het menselijke lichaam, alsmede de bestanddelen en de produkten ervan, geen vermogensrechtelijke waarde hebben (art. 16-1 derde lid C. civ., art. 16-5 - 16-7 C. civ.).

Deze beginselen impliceren evenwel niet dat de mens - binnen bepaalde grenzen - niet vrij kan beschikken over bepaalde bestanddelen van zijn lichaam.¹²⁹ De begrenzing van dit beperkt beschikkingsrecht beoogt met name de bescherming van de rechtmatige belangen van derden, alsmede van het algemene belang. Door gebruik te maken van zijn recht om over zichzelf te beschikken, mag de titularis van dit recht geen schade toebrengt aan anderen.¹³⁰ Bovendien

¹²⁴ Ph. DUBOIS, *Le physique de la personne*, Paris, Economica, 1986, nr. 137.

¹²⁵ Ph. DUBOIS, *o.c.*, nr. 137 en 166; L. LINOSSIER, 'Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique', *D.* 1981, Chron., 145.

¹²⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil* (hierna verkort geciteerd : *Droit civil*), I, *Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales*, Paris, P.U.F., 1996, nr. 4; F. TERRÉ en D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Paris, Dalloz, 1996, nr. 54.

¹²⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, nr. 4; L. LINOSSIER, *l.c.*, 145; F. TERRÉ en D. FENOUILLET, *o.c.*, nr. 55.

¹²⁸ Zie F. TERRÉ en D. FENOUILLET, *o.c.*, nr. 58-71.

¹²⁹ Zie F. TERRÉ en D. FENOUILLET, *o.c.*, nr. 64-68.

¹³⁰ F. TERRÉ en D. FENOUILLET, *o.c.*, nr. 55; cf. S. REGOURD, 'Les droits de l'homme devant les (wordt vervolgd...)

mag de uitoefening van het zelfbeschikkingsrecht niet indruisen tegen de openbare orde (Cf. artikel 16-9 C. civ.) en de goede zeden.¹³¹

235. In beginsel brengt het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling geen rechtstreekse lichamelijke schade toe aan andere personen.¹³² Alleen de anatomie van de patiënt zelf ondergaat immers een wijziging. Men kan zich evenwel afvragen of derden niet op een indirecte wijze kunnen worden benadeeld door de materiële of morele gevolgen van de uiterlijke verandering. Daarbij komen in de eerste plaats de eventuele echtgeno(o)t(e) en de afstammelingen van de transseksueel in beeld.¹³³ De ontbinding van het huwelijk en de financiële gevolgen van bijvoorbeeld een ontslag of het verlies van een functie kunnen zwaarwegende implicaties zijn van de beslissing om de behandeling te ondergaan.

Niettemin lijken deze overwegingen *eo ipso* niet van aard om het zelfbeschikkingsrecht over de fysieke bestanddelen van de gender te beperken tot vrijgezellen zonder afstammelingen.¹³⁴ Dit alternatief zal de betrokkene immers in vele gevallen tot zelfdoding of automutilatie leiden, hetgeen onaanvaardbaar is. Alleen indien de sociale rol van ouder en echtgenoot van aard is om de diagnose van transseksualiteit in twijfel te trekken, lijkt het ongeoorloofd te beslissen om zich aan een geslachtscorrigerende behandeling te onderwerpen.¹³⁵ Daarenboven is het aangewezen om de uitoefening van het zelfbeschikkingsrecht in elk geval afhankelijk te maken van een begeleiding van de afstammelingen en eventueel van de gewezen echtgenoot van de transseksueel.

236. De openbare orde en de goede zeden verzetten zich evenmin tegen de operatieve aanpassing van de geslachtskenmerken van een transseksueel.¹³⁶ De onaantastbaarheid van het menselijk lichaam moet immers wijken voor het recht om over zichzelf te beschikken met het oog op een betere ontwikkeling van de persoonlijkheid.¹³⁷

manipulations de la vie et de la mort', *Rev. Dr. publ.* 1981, 426.

¹³¹ F. TERRÉ en D. FENOUILLET, *o.c.*, nr. 55.

¹³² S. REGOURD, *l.c.*, 432. Vergelijk met de situatie bij sterilisatie: S. REGOURD, *l.c.*, 418.

¹³³ L. LINOSSIER, *l.c.*, 146.

¹³⁴ Cf. J. RUBELLIN-DEVICHI, 'Jurisprudence française en matière de droit civil. A. Personnes et droit de la famille.', *Rev. trim. Dr. civ.* 1989, 734-735.

¹³⁵ Cf. L. LINOSSIER, *o.c.*, 146.

¹³⁶ Cf. S. REGOURD, *l.c.*, 432-434.

¹³⁷ L. LINOSSIER, *l.c.*, 145; cf. D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle', *D.* 1991, Chron., 228.

De geslachtsaanpassende behandeling leidt volgens de beschikbare wetenschappelijke gegevens precies tot een algemene verbetering van het subjectieve welbevinden van de transseksueel.¹³⁸ Zonder deze ingreep dreigt de betrokkene daarentegen te belanden in de marge van de maatschappij. In zoverre de diagnose van transseksualiteit ondubbelzinnig is gesteld, kan dan ook moeilijk worden ontkend dat een persoon het recht heeft om de lichamelijke geslachtskenmerken te laten aanpassen aan de genderidentiteit. De legitimiteit van de vraag tot operatieve aanpassing van de geslachtskenmerken hangt derhalve af van de realiteit van het transseksuele syndroom.¹³⁹ Het recht om over de lichamelijke bestanddelen van de sekse te beschikken wordt op deze wijze beperkt door de therapeutische finaliteit van de ingreep (Cf. artikel 16-3 C. civ.).¹⁴⁰

AFDELING 2. DE GESLACHTSAANPASSENDE OPERATIES EN HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN DE FYSIEKE INTEGRITEIT

§1. Algemeen

237. De Franse wetgever heeft vooralsnog geen bijzondere regeling uitgewerkt met betrekking tot de operatieve aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken van een transseksueel.¹⁴¹ Het verrichten van dergelijke ingrepen is in Frankrijk dan ook niet uitdrukkelijk verboden. De geoorloofdheid van de geslachtsaanpassende operatie moet bijgevolg worden beoordeeld aan de hand van de algemene beginselen inzake het recht op eerbiediging van de fysieke integriteit.

238. Als vrijwillige aantasting van de lichamelijke integriteit van de transseksuele patiënt valt de heelkundige geslachtstransformatie in de eerste plaats onder de toepassing van de strafwet. De chirurg die de operatie uitvoert, stelt zich in beginsel bloot aan een mogelijke strafrechtelijke vervolging op grond van het misdrijf “gewelddaden” (“des violences”, art. 222-7 e.v. C. pén.).¹⁴²⁻¹⁴³

¹³⁸ Zie *supra*, nr. 44.

¹³⁹ Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, nr. 5; D. THOUVENIN, ‘De la qualification de l’acte thérapeutique à son contrôle’, *l.c.*, 227.

¹⁴⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, nr. 10.

¹⁴¹ J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l’état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, L.G.D.J., 1993, nrs. 1234-1251; D. THOUVENIN, ‘Le transsexualisme, une question d’état méconnue’, *R.D.S.S.* 1979, 293.

¹⁴² Onder de gelding van de oude *Code pénal* bestond er discussie omtrent de exacte strafrechtelijke kwalificatie. Vermits bij de geslachtsaanpassende operatie de oorspronkelijke voortplantingsorganen worden (wordt vervolgd...)

Bij het stellen van medische handelingen genieten de geneesheren evenwel een strafrechtelijke immuniteit, die naar Frans recht haar grondslag vindt in de toelating van de wet (Cf. art. 122-4 eerste lid C. pén.).¹⁴⁴ Vermits de wet de uitoefening van het medisch beroep toelaat en regelt, laat zij immers impliciet ook toe alle handelingen te verrichten die tot de normale uitoefening van dit beroep behoren.

Hierna wordt onderzocht of de geslachtschirurgie naar Frans recht als een door de wet toegelaten medische handeling kan worden beschouwd. Daartoe is in de eerste plaats vereist dat dit heelkundige ingrijpen een therapeutisch belang heeft voor de transseksueel. Uit het gemene recht inzake strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden vloeit bovendien voort dat de toegepaste behandeling in verhouding moet staan tot de aandoening waarvoor zij een remedie is. Voorafgaand aan de operatie moet de chirurg eveneens de toestemming van de transseksueel bekomen. Tenslotte moet de operatie worden uitgevoerd volgens de regels van de kunst en de medische deontologie.

239. Ook op civielrechtelijk vlak wordt de bescherming van de fysieke integriteit gewaarborgd. De onschendbaarheid van het menselijke lichaam is de regel (art. 16-1 tweede lid C. civ.). Artikel 16-3 eerste lid C. civ. preciseert dat een inbreuk op de integriteit van het menselijke lichaam slechts kan worden toegelaten ingeval van een therapeutische noodzaak

weggenomen, meende een deel van de Franse doctrine dat de ingreep beantwoordde aan de delictsomschrijving van het misdrijf castratie (art. 316 oud C. Pén.) : J.-P. DOUCET, noot onder Aix-en-Provence 23 april 1990, *Gaz. Pal.* 1990, Jur., 578-579; G. MÉMETEAU, noot onder Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, p. 294; J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503; *contra* D. THOUVENIN, 'Le transsexualisme, une question d'état méconnue', *l.c.*, 297; zie J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1234-1251; D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit: la justice face au transsexualisme*, Paris, P.U.F., 1994, 48-49. Het misdrijf "castratie" is thans niet meer opgenomen in de Code pénal. De artikelen 222-7 e.v. C. pén. komen overeen met de artikelen 309 e.v. van de oude Code pénal. De invoering van de nieuwe Code pénal heeft de materiële bestanddelen van dit delict niet ingrijpend gewijzigd, zodat nog steeds kan worden verwezen naar de vroegere rechtspraak en rechtsleer betreffende de artikelen 309 e.v. oud C. pén. : zie J. PRADEL en M. DANTI-JUAN, *Droit pénal*, III, *Droit pénal spécial* (hierna verkort geciteerd : *Droit pénal spécial*), Paris, Cujas, 1995, nr. 37 en 39-40.

¹⁴³ G.-M. FAURÉ, 'Transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes', *R.D.S.S.* 1989, 7-8; G. MÉMETEAU, noot onder Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, p. 294-295; J. PRADEL en M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, nr. 44; M.-L. RASSAT, 'Sexe, médecine et droit', in X. (ed.), *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, 657; cf. F. FLIPPO, concl. onder Cass. fr. 21 mei 1990, *J.C.P.* 1990, II, nr. 21588; D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle', *l.c.*, 223.

¹⁴⁴ Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, noot G. MÉMETEAU en *Gaz. Pal.* 1990, Jur., 575, noot J.-P. DOUCET; J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1272; R. MERLE en A. VITU, *Traité de droit criminel*, I, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Paris, Cujas, nr. 472 en 478; J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503; J. PRADEL, *Droit pénal général* (hierna verkort geciteerd : *Droit pénal général*), Paris, Cujas, 1995, nr. 538; J. PRADEL en M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, nr. 44; M.-L. RASSAT, 'Sexe, médecine et droit', *l.c.*, 657; G. STEFANI, G. LEVASSEUR en B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 1997, nr. 414; ; D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle', *l.c.*, 223; D. THOUVENIN, 'Le transsexualisme, une question d'état méconnue', *l.c.*, 297-298.

voor de betrokken persoon. De verplichting om voorafgaand aan een medische ingreep de toestemming van de patiënt te bekomen, is opgenomen in het tweede lid van artikel 16-3 C. civ.

§2. Voorwaarden voor de strafrechtelijke immuniteit van de chirurg

A. Therapeutisch belang

240. De grondslag van de strafrechtelijke immuniteit van de chirurg bepaalt ook de grenzen ervan. De immuniteit wordt opgeheven indien vaststaat dat de aantasting van de fysieke integriteit van de patiënt niet het doel beoogt dat de wetgever heeft vooropgesteld bij de reglementering van het beroep van geneesheer, met name de verzorging en genezing van zieken.¹⁴⁵ Een heilkundige ingreep is derhalve slechts geoorloofd indien het uitvoeren ervan een therapeutisch belang heeft voor de patiënt.¹⁴⁶ Ingeval van betwisting van het therapeutische karakter van een heilkundige ingreep moet de strafrechter *in concreto* nagaan of de uitgevoerde chirurgische interventie op zich geschikt is om de aandoening te behandelen waaraan de patiënt lijdt.¹⁴⁷ De vraag rijst of de geslachtsoperatie aan de voorwaarde van het therapeutische belang voldoet.

241. De meeste Franse auteurs erkennen dat transseksualiteit een aandoening is die medisch moet worden behandeld.¹⁴⁸ In navolging van de medische wetenschap stellen zij tevens vast

¹⁴⁵ D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son controle', *l.c.*, 223; D. THOUVENIN, 'Le transsexualisme, une question d'état méconnue', *l.c.*, 297-298; cf. Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, noot G. MÉMETEAU en *Gaz. Pal.* 1990, Jur., 575, noot J.-P. DOUCET; J. PRADEL en M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, nr. 44.

¹⁴⁶ Cass. fr. 30 mei 1991, *Bull. crim.* 1991, p. 591, nr. 232 en *D.* 1991, I.R., 197; Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, noot G. MÉMETEAU en *Gaz. Pal.* 1990, Jur., 575, noot J.-P. DOUCET; J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1272; G.-M. FAURÉ, *l.c.*, 8; G. MÉMETEAU, noot onder Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, p. 295; G. MÉMETEAU, noot onder Cass. fr. 11 december 1992, *J.C.P.* 1993, II, nr. 21991, p. 49; J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503; J. PRADEL, *Droit pénal général*, nr. 538; cf. R. MERLE en A. VITU, *o.c.*, nr. 478; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers*, Paris, Dalloz, 1997, nr. 264; M.-L. RASSAT, 'Sexe, médecine et droit', *l.c.*, 657; G. STEFANI, G. LEVASSEUR en B. BOULOC, *o.c.*, nr. 414; cf. L. LINOSSIER, *l.c.*, 145; D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son controle', *l.c.*, 223; D. THOUVENIN, 'Le transsexualisme, une question d'état méconnue', *l.c.*, 298.

¹⁴⁷ J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1293; J.-P. DOUCET, noot onder Aix-en-Provence 23 april 1990, *Gaz. Pal.* 1990, Jur., 579.

¹⁴⁸ G.-M. FAURÉ, *l.c.*, 6; J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503; G. MÉMETEAU, noot onder Cass. fr. 11 december 1992, *J.C.P.* 1993, II, nr. 21991, p. 49; R. NERSON, 'Jurisprudence française en matière de droit civil. A. Personnes et droits de famille', *Rev. trim. Dr. civ.* 1976, 121-122; J. POUSSON-PETIT, 'Une illustration : le cas du transsexualisme', in C. NEIRINCK (ed.), *De la bioéthique au bio-droit*, Paris, L.G.D.J., 1994, 134; D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à (wordt vervolgd...)

dat de operatieve aanpassing van de fysieke geslachtskenmerken de enige medische behandeling is die leidt tot een significante afname van de transseksuele gevoelens.¹⁴⁹ Hieruit wordt afgeleid dat de geslachtsoperatie een therapeutisch belang heeft voor de transseksuele patiënt.¹⁵⁰

242. Andere auteurs zijn daarentegen van oordeel dat het therapeutische karakter van de geslachtsaanpassende chirurgie moeilijk kan worden aanvaard, aangezien de weggenomen weefsels en organen volledig normaal zijn en een aanwijsbare lichamelijke dysfunctie ontbreekt.¹⁵¹

Deze strekking gaat echter uit van een restrictieve interpretatie van de curatieve functie van de geneesheer, die niet langer verenigbaar is met de huidige maatschappelijke opvatting over geneeskunde.¹⁵² Het belang van de patiënt kan niet langer beperkt worden tot het genezen van lichamelijke gebreken en ziekten. Gezondheid veronderstelt een staat van algeheel fysieke, mentaal en sociaal welbevinden.¹⁵³

Men kan onmogelijk ontkennen dat de tegenstelling tussen de lichamelijke geslachtskenmerken en de genderidentiteit het psychosociale welzijn van de transseksueel ernstig verstoort. Vermits de heelkundige geslachtstransformatie beoogt dit psychische lijden te verminderen, heeft deze ingreep voor de transseksueel een therapeutisch belang in de ruime zin van het woord.¹⁵⁴

son controle', *l.c.*, 224; zie J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1289-1291; J. PENNEAU, noot onder T.G.I. Paris 24 november 1981, *J.C.P.* 1982, II, nr. 19792; D. SALAS, *o.c.*, 48-49.

¹⁴⁹ J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1299-1304; J. DUPLAT, concl. onder Versailles 13 mei 1993, *Gaz. Pal.* 1994, Jur., 11; J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503; M.-L. RASSAT, 'Sexe, médecine et droit', *l.c.*, 657; D. SALAS, *o.c.*, 49; D. THOUVENIN, 'Le transsexualisme, une question d'état méconnue', *l.c.*, 298.

¹⁵⁰ J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1291-1292 en 1310-1311; J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503; M.-L. RASSAT, 'Sexe, médecine et droit', *l.c.*, 657; F. TERRÉ en D. FENOUILLET, *o.c.*, nr. 149; cf. R. NERSON, 'Jurisprudence française en matière de droit civil. A. Personnes et droits de famille', *Rev. trim. Dr. civ.* 1966, 76.

¹⁵¹ Cf. D. SALAS, *o.c.*, 132-133; P.-A. SADON, concl. onder Cass. fr. 30 november 1983, *J.C.P.* 1984, II, nr. 20222; zie L. LINOSSIER, *l.c.*, 145.

¹⁵² Zie J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1306-1309.

¹⁵³ J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1307.

¹⁵⁴ J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1307 en 1310-1311; D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle', *l.c.*, 225; L. LINOSSIER, *l.c.*, 145; cf. Paris 13 januari 1959, *J.C.P.* 1959, II, nr. 11142, noot R. SAVATIER; R. NERSON, 'Jurisprudence française en matière de droit civil. A. Personnes et droits de famille', *Rev. trim. Dr. civ.* 1974, 802; R. NERSON, *o.c.*, *Rev. trim. Dr. civ.* 1976, 121-122; J. MASSIP, Rapport onder Cass. fr. 21 mei 1990, *J.C.P.* 1990, II, nr. 21588; G. STEFANI, G. LEVASSEUR en B. BOULOC, *o.c.*, nr. 414.

B. Proportionaliteitstoets

243. Het therapeutische belang volstaat echter niet. Een heelkundig ingrijpen mag alleen worden uitgevoerd in zoverre de risico's die aan de ingreep verbonden zijn, opwegen tegen het verhoopte resultaat.¹⁵⁵

De geslachtsoperatie zal deze proportionaliteitstoets slechts doorstaan mits voldaan is aan zeer strenge eisen inzake diagnose en begeleiding.¹⁵⁶ De operatieve aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken heeft immers verregaande en onomkeerbare gevolgen. Het risico op spijtoptanten moet dan ook zoveel mogelijk worden uitgesloten, hetgeen slechts mogelijk is mits een zorgvuldige differentiële diagnose en begeleiding.

244. De diagnose van transseksualiteit kan slechts met een voldoende zekerheid worden vastgesteld nadat de transseksueel langdurig¹⁵⁷ is onderworpen aan een minutieus psychiatrisch, biologisch en sociaal onderzoek.¹⁵⁸ Een multidisciplinaire aanpak door een team van specialisten op het vlak van transseksualiteit lijkt in de diagnostische fase onontbeerlijk.¹⁵⁹

De uiteindelijke beslissing om tot de geslachtsoperatie over te gaan, moet eveneens collegiaal worden genomen door dit multidisciplinaire team.¹⁶⁰ Daarenboven mag slechts tot de heelkundige aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken worden besloten, indien vaststaat dat psychotherapie de pathologische toestand van de transseksuele patiënt niet kan

¹⁵⁵ Paris 13 januari 1959, *J.C.P.* 1959, II, nr. 11142, noot R. SAVATIER; J.-P. DOUCET, noot onder Aix-en-Provence 23 april 1990, *Gaz. Pal.* 1990, Jur., 579; G. MÉMETEAU, noot onder Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, p. 295-296; R. SAVATIER, noot onder Paris 13 januari 1959, *J.C.P.* 1959, II, nr. 11142; cf. L. LINOSSIER, *l.c.*, 145; G. MÉMETEAU, noot onder Cass. fr. 11 december 1992, *J.C.P.* 1993, II, nr. 21991, p. 49; R. MERLE en A. VITU, *o.c.*, nr. 478.

¹⁵⁶ Cf. D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle', *l.c.*, 224-225; D. THOUVENIN, 'Le transsexualisme, une question d'état méconnue', *l.c.*, 298; L. LINOSSIER, *l.c.*, 145.

¹⁵⁷ D. SALAS, *o.c.*, 132; cf. Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, noot G. MÉMETEAU en *Gaz. Pal.* 1990, Jur., 575, noot J.-P. DOUCET.

¹⁵⁸ J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1321 en 1328; G. MÉMETEAU, noot onder Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, p. 296; J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503; J. PENNEAU, noot onder Nancy 22 april 1982 en Cass. fr. 30 november 1983, *J.C.P.* 1984, II, nr. 20222; cf. M.-L. RASSAT, 'Sexe, médecine et droit', *l.c.*, 658.

¹⁵⁹ J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1328; G. MÉMETEAU, noot onder Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, p. 295-296; J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503; D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle', *l.c.*, 224.

¹⁶⁰ J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1321; J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503.

genezen.¹⁶¹

Indien deze voorwaarden niet strikt in acht worden genomen, lopen de behandelende artsen het risico om alsnog strafrechtelijk te worden vervolgd.¹⁶²

C. De toestemming van de patiënt

1. Het recht op toestemming

245. De toestemming van de transseksueel volstaat op zich zichzelf niet om de geslachtsaanpassende operatie haar strafrechtelijk karakter te ontnemen.¹⁶³ De strafwet raakt immers de openbare orde. Daarenboven kan een patiënt niet zonder meer vrij beschikken over zijn of haar gezondheid.

De strafrechtelijke immuniteit van de chirurg vloeit dan ook uitsluitend voort uit de toelating van de wet. In beginsel veronderstelt deze rechtvaardigingsgrond echter wel dat de chirurg voorafgaand aan het heelkundig ingrijpen de toestemming van de patiënt heeft bekomen, vooral indien aan de voorgenomen operatie bijzondere risico's verbonden zijn.¹⁶⁴ De vrije en voorgelichte toestemming van de transseksueel tot het ondergaan van de geslachtsaanpassende operatie is derhalve een noodzakelijke voorwaarde voor de strafrechtelijke immuniteit van de chirurg. Van deze voorwaarde mag immers slechts worden afgeweken indien een medische interventie onmiddellijk moet worden uitgevoerd omwille van een onmiskenbare noodzaak of een acuut gevaar voor de patiënt¹⁶⁵, hetgeen bij de

¹⁶¹ Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, noot G. MÉMETEAU en *Gaz. Pal.* 1990, Jur., 575, noot J.-P. DOUCET; J.-P. DOUCET, noot onder Aix-en-Provence 23 april 1990, *Gaz. Pal.* 1990, Jur., 579; Ph. DUBOIS, *o.c.*, nr. 171; G. MÉMETEAU, noot onder Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, p. 296; G. MÉMETEAU, noot onder Cass. fr. 11 december 1992, *J.C.P.* 1993, II, nr. 21991, p. 49; cf. R. SAVATIER, noot onder Paris 13 januari 1959, *J.C.P.* 1959, II, nr. 11142.

¹⁶² J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503; zie D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle', *l.c.*, 223-225.

¹⁶³ Cass. fr. 1 juli 1937, *J.C.P.* 1937, II, nr. 440, noot en *D.* 1937, Jur., 537; L. GRANJON, concl. onder Paris 18 januari 1974, *D.* 1974, Jur., 197; L. LIROSSIER, *l.c.*, 145; G. MÉMETEAU, noot onder Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, p. 295; J. PRADEL, *Droit pénal général*, nr. 538; R. MERLE en A. VITU, *o.c.*, nr. 475 en 478; M.-L. RASSAT, *o.c.*, nr. 264; J. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, Paris, L.G.D.J., 1995, nr. 270; G. STEFANI, G. LEVASSEUR en B. BOULOC, *o.c.*, nr. 409-410; D. THOUVENIN, 'Le transsexualisme, une question d'état méconnue', *l.c.*, 299.

¹⁶⁴ J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1313-1314; J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, nr. 5; J.-P. DOUCET, noot onder Aix-en-Provence 23 april 1990, *Gaz. Pal.* 1990, Jur., 579; J. SOYER, *o.c.*, nr. 270; G. STEFANI, G. LEVASSEUR en B. BOULOC, *o.c.*, nr. 414.

¹⁶⁵ Cass. fr. 11 oktober 1988, *J.C.P.* 1989, II, nr. 21358, noot A. DORSNER-DOLIVET.

heelkundige geslachtstransformatie nooit voorkomt.¹⁶⁶

246. Ook op deontologisch vlak moet een geneesheer de vrije en bewuste toestemming verkrijgen van zijn patiënt alvorens een medische handeling te stellen (art. 36 eerste lid C. déont. méd.). De patiënt heeft immers het recht om de voorgestelde behandeling te weigeren of te aanvaarden.¹⁶⁷ Deze algemene vereiste geldt in het bijzonder voor ernstige ingrepen die een blijvende verminking teweeg brengen (art. 41 C. déont. méd.).

247. Gelet op de vertrouwensrelatie die tussen arts en patiënt bestaat, aanvaardt de Franse rechtsleer dat de toestemming in beginsel mondeling wordt gegeven. Ook de Franse Nationale Orde van Geneesheren raadt af om systematisch een schriftelijke toestemming te vragen. Het eisen van een schriftelijke verklaring heeft volgens de Orde immers geen bijkomende juridische waarde, en kan de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt reeds onmiddellijk verstoren.¹⁶⁸

Niettemin pleit BRANLARD ervoor dat de toestemming voor een geslachtsaanpassende operatie schriftelijk zou worden gegeven.¹⁶⁹

2. Het recht op informatie

248. Het recht om de voorgestelde heelkundige ingreep vrij en bewust te aanvaarden of te weigeren, veronderstelt dat de patiënt voorafgaand aan het geven van zijn toestemming, zo precies mogelijk door de chirurg wordt geïnformeerd over deze ingreep en vooropgestelde therapeutische doel ervan.¹⁷⁰

Overeenkomstig artikel 35 eerste lid C. déont. med. moet de chirurg de patiënt op loyale,

¹⁶⁶ J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1316.

¹⁶⁷ X., 'Article 36', in ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE (ed.), *Commentaires du Code de Déontologie Médicale Code Déontologie 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par Décret n° 97-503 du 21 mai 1997*.

¹⁶⁸ X., 'Article 36', in ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE (ed.), *Commentaires du Code de Déontologie Médicale Code Déontologie 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par Décret n° 97-503 du 21 mai 1997*.

¹⁶⁹ J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1318.

¹⁷⁰ *Ibid.*, nr. 1314; J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, nr. 5; X., 'Article 35', in ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE (ed.), *Commentaires du Code de Déontologie Médicale Code Déontologie 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par Décret n° 97-503 du 21 mai 1997*; X., 'Article 36', in ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE (ed.), *Commentaires du Code de Déontologie Médicale Code Déontologie 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par Décret n° 97-503 du 21 mai 1997*.

duidelijke en aangepaste wijze informeren over diens toestand, alsmede over de uit te voeren onderzoeken en de voorgestelde medische behandeling. Deze verplichting blijft bestaan gedurende de ganse behandeling¹⁷¹, wat impliceert dat de transseksueel moet worden geïnformeerd voorafgaand aan en gedurende elke fase van de geslachtsaanpassende behandeling.

249. Omwille van het bijzondere karakter van de geslachtsoperatie dienen volgens BRANLARD hogere eisen te worden gesteld met betrekking tot de omvang en de inhoud van de door de chirurg aangeboden informatie.¹⁷²

De verstrekte informatie moet de patiënt toelaten om een vrije en bewuste beslissing te nemen over het al dan niet ondergaan van de ingreep.¹⁷³ De chirurg dient de patiënt te informeren over de gevolgen en de regelmatig voorkomende risico's die aan de ingreep zijn verbonden, alsmede over de uitzonderlijke risico's in de mate dat deze laatste als zeer ernstige complicaties kunnen worden beschouwd.¹⁷⁴

250. Toegepast op de geslachtsoperatie, houdt deze vereiste in dat de chirurg dient te benadrukken dat de gevolgen van de heelkundige geslachtsaanpassing in beginsel irreversibel zijn, alsmede dat de transseksueel in zijn nieuwe geslachtsrol permanent onvruchtbaar zal zijn.

Aangezien de beslissing van de transseksuele patiënt onomkeerbare en verstrekkende gevolgen heeft, dient de chirurg hem na het verstrekken van deze informatie een voldoende lange bedenktijd te bieden.¹⁷⁵

¹⁷¹ X., 'Article 35', in ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE (ed.), Commentaires du Code de Déontologie Médicale Code Déontologie 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par Décret n° 97-503 du 21 mai 1997.

¹⁷² J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1317.

¹⁷³ X., 'Article 35', in ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE (ed.), Commentaires du Code de Déontologie Médicale Code Déontologie 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par Décret n° 97-503 du 21 mai 1997.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, noot G. MÉMETEAU en *Gaz. Pal.* 1990, Jur., 575, noot J.-P. DOUCET; J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1322; J.-P. DOUCET, noot onder Aix-en-Provence 23 april 1990, *Gaz. Pal.* 1990, Jur., 579.

D. Strikte naleving van de regels van de kunst, de beroepsgebruiken en de medische deontologie

1. Algemeen

251. De aantasting van de fysieke integriteit van de patiënt ingevolge een heelkundige ingreep is slechts gerechtvaardigd in zoverre deze operatie wordt uitgevoerd overeenkomstig de regels van de kunst en met naleving van de medische deontologie.¹⁷⁶

252. Het naleven van de regels van de kunst houdt in de eerste plaats in dat de operatieve technieken voldoende aanvaard moeten zijn in de medische wetenschap, alvorens ze mogen worden toegepast.¹⁷⁷

De geslachtsoperatie voldoet zonder twijfel aan deze voorwaarde, vermits zij uitvoerig wordt beschreven in de wetenschappelijke literatuur en in de medische praktijk regelmatig wordt uitgevoerd.¹⁷⁸

253. Sedert 1983 worden de geslachtsaanpassende operaties ook erkend door de Franse Nationale Orde van Geneesheren.¹⁷⁹ In een toelichting bij het toenmalige artikel 22 van de *Code de déontologie médicale* heeft de Nationale Orde enkele richtlijnen vooropgesteld voor het uitvoeren van dergelijke heelkundige ingrepen.¹⁸⁰

Deze voorschriften worden door de Orde integraal hernomen in de commentaar bij het huidige artikel 41. Zij gelden dan ook als uitgangspunt voor de hierna volgende bespreking van de concrete uitwerking van de zorgvuldigheidsnorm die de Franse artsen in acht moeten nemen bij de behandeling van transseksuele personen.

¹⁷⁶ M.-L. RASSAT, 'Sexe, médecine et droit', *l.c.*, 657-658; J. SOYER, *o.c.*, nr. 270; G. STEFANI, G. LEVASSEUR en B. BOULOC, *o.c.*, nr. 414; D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle', *l.c.*, 225.

¹⁷⁷ J. SOYER, *o.c.*, nr. 270.

¹⁷⁸ Zie ook *supra*, nrs. 53-62.

¹⁷⁹ Pas aan het einde van zeventiger jaren worden geslachtsoperaties in Frankrijk uitgevoerd. Voordien moesten Franse transseksuelen verplicht uitwijken naar het buitenland : F. FLIPPO, concl. onder Cass. fr. 21 mei 1990, *J.C.P.* 1990, II, nr. 21588; J. MASSIP, 'Le transsexualisme: état de question', *Defrénois* 1992, I, 1010; J. MASSIP, Rapport onder Cass. fr. 21 mei 1990, *J.C.P.* 1990, II, nr. 21588; D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle', *l.c.*, 224.

¹⁸⁰ ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE, 'En lisant le code de déontologie Médicale', *Bulletin de l'Ordre des Médecins* 1983, 268-269.

2. De diagnose van transseksualiteit

254. De Franse Nationale Orde van Geneesheren legt vrij strikte regels op met betrekking tot het stellen van de diagnose van transseksualiteit.

Deze normen beogen in de eerste plaats personen die geen transseksueel zijn in de enge zin van het woord uit te sluiten van de geslachtschirurgie. Een heelkundige ingreep met dergelijke verregaande en onomkeerbare gevolgen mag immers slechts worden uitgevoerd indien er een zeer ernstige medische indicatie voorhanden is (art. 41 C. déont. méd.). Een langdurige en nauwgezette klinische observatie wordt daarom verplicht gesteld ten einde de patiënten die zich aandienen met aanverwante toestanden zoals homoseksualiteit, travestie of waanideeën te onderscheiden van de daadwerkelijke transseksuelen.¹⁸¹ In elk geval moet een volledig psychiatrisch en endocrinologisch onderzoek worden uitgevoerd, vooraleer de beslissing wordt genomen om over te gaan tot een heelkundige aanpassing van de geslachtskenmerken.

¹⁸²

Tijdens de diagnostische fase moeten ook de duurzaamheid en de authenticiteit van de transseksuele gevoelens worden getest.¹⁸³ De Franse Nationale Orde van Geneesheren vereist desbetreffend een proefperiode van ten minste één à twee jaren¹⁸⁴, waarin de patiënt wordt begeleid door een pluridisciplinair team.¹⁸⁵

¹⁸¹ X., 'Article 41', in ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE (ed.), *Commentaires du Code de Déontologie Médicale Code Déontologie 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par Décret n° 97-503 du 21 mai 1997*, 157; D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle', *l.c.*, 225; cf. P.-A. SADON, concl. onder Cass. fr. 30 november 1983, *J.C.P.* 1984, II, nr. 20222.

¹⁸² J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1321 en 1328; G. MÉMETEAU, noot onder Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, p. 296; J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503; J. PENNEAU, noot onder Nancy 22 april 1982 en Cass. fr. 30 november 1983, *J.C.P.* 1984, II, nr. 20222; J. RUBELLIN-DEVICHI, *o.c.*, *Rev. trim. Dr. civ.* 1989, 723; X., 'Article 41', in ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE (ed.), *Commentaires du Code de Déontologie Médicale Code Déontologie 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par Décret n° 97-503 du 21 mai 1997*, 157; cf. J. DUPLAT, concl. onder Versailles 13 mei 1993, *Gaz. Pal.* 1994, Jur., 11.

¹⁸³ D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle', *l.c.*, 225.

¹⁸⁴ J. RUBELLIN-DEVICHI, *o.c.*, *Rev. trim. Dr. civ.* 1989, 723; J. POUSSON-PETIT, 'Une illustration : le cas du transsexualisme', *l.c.*, 136; D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle', *l.c.*, 225 en 227; cf. G.-M. FAURÉ, *l.c.*, 7; M.-L. RASSAT, 'Sexe, médecine et droit', *l.c.*, 659; D. SALAS, *o.c.*, 50; X., 'Article 41', in ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE (ed.), *Commentaires du Code de Déontologie Médicale Code Déontologie 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par Décret n° 97-503 du 21 mai 1997*, 157.

¹⁸⁵ G.-M. FAURÉ, *l.c.*, 7; J. POUSSON-PETIT, 'Une illustration : le cas du transsexualisme', *l.c.*, 136; D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle', *l.c.*, 227.

3. De therapeutische beslissingen

255. Bij de beoordeling van de vraag tot heelkundige aanpassing van de geslachtskenmerken dient de chirurg zich te baseren op de resultaten van de diagnostische fase.¹⁸⁶

De uiteindelijke beslissing om over te gaan tot de operatieve ingreep mag slechts worden genomen na raadpleging van de andere specialisten die de transseksueel hebben begeleid.¹⁸⁷ De Franse Nationale Orde van Geneesheren benadrukt dat deze therapeutische beslissing voldoende gemotiveerd moet zijn met het oog op een eventuele geschil.¹⁸⁸

256. Het behandelend gender-team verzoekt vervolgens aan de *Caisse nationale d'assurance maladie* om de kosten ten laste te nemen die aan de geslachtsoperatie zijn verbonden.¹⁸⁹ Om misbruik te vermijden gaat deze instelling slechts over tot vergoeding van de medische kosten indien de operaties worden uitgevoerd in een staatshospitaal.¹⁹⁰ Bovendien wordt vereist dat ten minste drie geneesheren (een chirurg, een endocrinoloog, en een psychiater) de diagnose van transseksualiteit bevestigen.¹⁹¹

257. Dezelfde geneesheren ondertekenen gezamenlijk een protocol waarin de therapeutische indicatie en voorgestelde behandeling worden opgenomen.¹⁹² Dit anonieme protocol wordt toegezonden aan de Departementale Raad van de Orde van Geneesheren die bevoegd is voor het district waarin het hospitaal zich bevindt.¹⁹³

¹⁸⁶ X., 'Article 41', in ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE (ed.), *Commentaires du Code de Déontologie Médicale Code Déontologie 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par Décret n° 97-503 du 21 mai 1997*, 152.

¹⁸⁷ X., 'Article 41', in ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE (ed.), *Commentaires du Code de Déontologie Médicale Code Déontologie 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par Décret n° 97-503 du 21 mai 1997*, 157; cf. Ph. DUBOIS, *o.c.*, nr. 171.

¹⁸⁸ X., 'Article 41', in ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE (ed.), *Commentaires du Code de Déontologie Médicale Code Déontologie 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par Décret n° 97-503 du 21 mai 1997*, 157.

¹⁸⁹ G.-M. FAURÉ, *l.c.*, 7; J. MASSIP, 'Le transsexualisme: état de question', *l.c.*, 1010.

¹⁹⁰ M. JÉOL, concl. onder Cass. fr. 11 december 1992, *J.C.P.* 1993, II, nr. 21991, p. 41; J. RUBELLIN-DEVICHI, *o.c.*, *Rev. trim. Dr. civ.* 1989, 723; D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son controle', *l.c.*, 224; J. MASSIP, 'Le transsexualisme: état de question', *l.c.*, 1010; cf. J. DUPLAT, concl. onder Versailles 13 mei 1993, *Gaz. Pal.* 1994, Jur., 11; G.-M. FAURÉ, *l.c.*, 7; J. POUSSON-PETIT, 'Une illustration: le cas du transsexualisme', *l.c.*, 136.

¹⁹¹ D. SALAS, *o.c.*, 49; D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son controle', *l.c.*, 227.

¹⁹² J. RUBELLIN-DEVICHI, *o.c.*, *Rev. trim. Dr. civ.* 1989, 723; D. SALAS, *l.c.*, 49-50.

¹⁹³ G.-M. FAURÉ, *l.c.*, 7; D. SALAS, *o.c.*, 49; J. POUSSON-PETIT, 'Une illustration: le cas du transsexualisme', (wordt vervolgd...)

4. Leeftijd

258. De heelkundige geslachtswijziging houdt noodzakelijkerwijze een onomkeerbare sterilisatie in. De Franse Nationale Orde van Geneesheren is van oordeel dat het uitvoeren van een sterilisatie bij minderjarigen een dermate zware ingreep is dat de toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger niet volstaat.¹⁹⁴ Indien een geslachtsoperatie zou worden uitgevoerd bij een minderjarige adolescent, moet de chirurg derhalve naast de toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger (art. 42 eerste lid C. déont. méd.) ook de toestemming van de minderjarige bekomen.¹⁹⁵

259. RASSAT is daarentegen van oordeel dat de beslissing tot het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling dermate verregaand en hoogstpersoonlijk is, dat zij alleen door de transseksueel zelf kan worden genomen.¹⁹⁶ Bijgevolg kan volgens haar geen enkele behandeling worden aangevat vóór de meerderjarigheid, vermits een minderjarige niet zelf op geldige wijze zijn toestemming kan verlenen tot het ondergaan van de geslachtsaanpassende behandeling.

Dit standpunt lijkt mij te verregaand in zoverre het impliceert dat ook het aanvatten van de hormonale behandeling steeds zou moeten worden uitgesteld tot na de meerderjarigheid. Gelet op de ernstige en irreversibele gevolgen van de geslachtschirurgie lijkt het mij wel verdedigbaar om de geslachtsoperatie slechts uit te voeren na de meerderjarigheid. In de praktijk komen zelfs alleen personen van ten minste 21 jaar in aanmerking voor een heelkundige geslachtswijziging.¹⁹⁷

5. De behandeling van gehuwde transseksuelen

260. Het huwelijk doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor elk van de echtgenoten om

l.c., 137; D. THOUVENIN, 'De la qualification de l'acte thérapeutique à son controle', *l.c.*, 227; cf. M. GOBERT, 'Le transsexualisme, fin ou commencement', *J.C.P.* 1988, I, nr. 3361; J. RUBELLIN-DEVICHI, *o.c.*, *Rev. trim. Dr. civ.* 1989, 723.

¹⁹⁴ X., 'Article 41', in ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE (ed.), *Commentaires du Code de Déontologie Médicale Code Déontologie 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par Décret n° 97-503 du 21 mai 1997*, 154-155.

¹⁹⁵ Zie ook X., 'Article 42', in ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE (ed.), *Commentaires du Code de Déontologie Médicale Code Déontologie 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par Décret n° 97-503 du 21 mai 1997*.

¹⁹⁶ M.-L. RASSAT, 'Sexe, médecine et droit', *l.c.*, 658-659.

¹⁹⁷ G.-M. FAURÉ, *l.c.*, 7.

zelfstandig het recht op fysieke integriteit uit te oefenen. Beide huwelijkspartners kunnen dus in beginsel zonder toestemming van de andere beslissen om een medische behandeling of een heelkundige ingreep te ondergaan.¹⁹⁸

261. In een advies van 1987 met betrekking tot sterilisatie is de Nationale Raad van de Franse Orde van Geneesheren niettemin van oordeel dat de geneesheer de mening van de andere echtgenoot moet inwinnen indien de patiënt gehuwd is.¹⁹⁹ Vermits de geslachtsaanpassende behandeling niet alleen tot de onomkeerbare onvruchtbaarheid beoogt, maar ook de omvorming van de geslachtsorganen, lijkt de toestemming van de mede-echtgenoot *a fortiori* vereist te zijn voor deze ingreep.²⁰⁰

262. In de praktijk worden geslachtsaanpassende operaties in Frankrijk echter voorbehouden aan ongehuwde personen.²⁰¹ Een gehuwde transseksueel zal dan ook slechts een geslachtsaanpassende behandeling kunnen ondergaan na de ontbinding van zijn huwelijk.²⁰²

Deze praktijk wordt mijns inziens echter terecht bekritiseerd door RUBELLIN-DEVICHI. Volgens deze auteur is het onaanvaardbaar dat een medische behandeling wordt voorbehouden aan bepaalde categorieën van personen in functie van hun familiale situatie en niet in functie van hun ziekte.²⁰³

6. De vereiste van de kinderloosheid

263. De geslachtsaanpassende behandeling wordt in Frankrijk niet voorbehouden aan kinderloze transseksuelen. Uit navraag bij de Nationale Raad van de Franse Nationale Orde van Geneesheren blijkt met name dat in de praktijk ook transseksuelen ten aanzien van wie een afstammingsband is vastgesteld voor deze behandeling in aanmerking te komen.

¹⁹⁸ D. THOUVENIN, 'Le transsexualisme, une question d'état méconnue', *l.c.*, 314.

¹⁹⁹ X., 'Article 41', in ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS DE FRANCE (ed.), *Commentaires du Code de Déontologie Médicale Code Déontologie 95-1000 du 6 septembre 1995 modifié par Décret n° 97-503 du 21 mai 1997*, 154-156.

²⁰⁰ D. THOUVENIN, 'Le transsexualisme, une question d'état méconnue', *l.c.*, 314; *contra* A. BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, Paris, Litec, 1997, nr. 71.

²⁰¹ G.-M. FAURÉ, *l.c.*, 7 en 11; D. SALAS, *o.c.*, 49-50; zie M.-L. RASSAT, 'Sexe, médecine et droit', *l.c.*, 659.

²⁰² *Ibid.*, 659.

²⁰³ J. RUBELLIN-DEVICHI, *o.c.*, *Rev. trim. Dr. civ.* 1989, 734.

§3. Excursus : de hormonale behandeling en het recht op fysieke integriteit

264. Onder de gelding van de vroegere *Code pénal* heeft het toepassen van de hormonale behandeling in een aantal gevallen geleid tot het opstarten van een strafrechtelijk onderzoek op grond van het artikel 318 (oud) C. pén. dat het toedienen van schadelijke stoffen strafbaar stelde.²⁰⁴ Voor zover bekend heeft echter geen enkel van deze strafonderzoeken geleid tot een daadwerkelijke veroordeling van de behandelende endocrinoloog.

265. Het toedienen van schadelijke stoffen waardoor de fysieke of psychische integriteit wordt aangetast, wordt in de huidige *Code pénal* bestraft door artikel 222-15.²⁰⁵ De eerste, hormonale fase van de geslachtsaanpassende behandeling lijkt evenwel niet te beantwoorden aan alle constitutieve bestanddelen van dit misdrijf.

Artikel 222-15 C. pén. vereist in de eerste plaats dat het toegediende produkt schadelijk moet zijn voor de gezondheid. Dit houdt in dat het toegediende produkt functionele gebreken of een min of meer ernstige ziekte moet kunnen veroorzaken.²⁰⁶ Aan deze voorwaarde is mijns inziens voldaan. De mogelijke schadelijke neveneffecten van het langdurig gebruik van hormonen zijn immers reeds uitgebreid beschreven in de medische literatuur.²⁰⁷ Er kan dan ook niet worden ingestemd met de door THOUVENIN²⁰⁸ verdedigde stelling dat de in het kader van de geslachtsaanpassende behandeling toegediende hormonen niet als schadelijke produkten in de zin van artikel 222-15 C. pén. kunnen worden gekwalificeerd.

Een strafrechtelijke veroordeling veronderstelt echter wel dat de schadelijke neveneffecten zich ook daadwerkelijk manifesteren.²⁰⁹ Dit zal meestal niet het geval zijn. Daarenboven moet worden aangetoond dat er een causaal verband bestaat tussen de vastgestelde gezondheidsproblemen en de toegediende hormonen.²¹⁰

266. Zelfs indien aan de beide materiële vereisten is voldaan, zal de endocrinoloog in beginsel

²⁰⁴ J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503.

²⁰⁵ J. PRADEL en M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, nr. 58-59.

²⁰⁶ D.S. noot onder Cass. fr. 10 mei 1972, *D.* 1972, 734.

²⁰⁷ Zie *supra*, nr. 52.

²⁰⁸ D. THOUVENIN, 'Le transsexualisme, une question d'état méconnue', *l.c.*, 296.

²⁰⁹ J. PRADEL en M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, nr. 59.

²¹⁰ Cass. fr. 10 mei 1972, *D.* 1972, 733, noot D.S.; J. PRADEL en M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, nr. 59.

niet worden bestraft, vermits de cross-gender hormonen worden toegediend in het therapeutisch belang²¹¹ van de transseksueel.

De hormonale behandeling gaat immers vooraf aan de geslachtsaanpassende operatie en maakt samen met deze ingreep deel uit van een globaal behandelingsplan.²¹² Bijgevolg ontbreekt in hoofde van de endocrinoloog de door de strafwet vereiste intentie²¹³ om de gezondheid van de transseksueel te schaden.

²¹¹ J. MASSIP, Rapport onder Cass. fr. 21 mei 1990, *J.C.P.* 1990, II, nr. 21588.

²¹² J.-P. BRANLARD, *o.c.*, nr. 1312; J. PENNEAU, noot onder Cass. fr. 16 december 1975, *J.C.P.* 1976, II, nr. 18503.

²¹³ J. PRADEL en M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, nr. 59.

HOOFDSTUK III.

DE GESLACHTSAANPASSENDE BEHANDELING NAAR NEDERLANDS RECHT

AFDELING 1. HET RECHT OM OVER HET GESLACHT TE BESCHIKKEN

267. De vraag of een persoon wel het recht heeft om zijn lichamelijke geslachtskenmerken aan te passen aan de subjectief beleefde sekse, heeft zich in de Nederlandse rechtsorde aanvankelijk niet als dusdanig gesteld. De discussie omtrent de maatschappelijke en juridische aanvaardbaarheid van dergelijke ingreep werd immers voornamelijk gevoerd op het vlak van de al dan niet geoorloofde aantasting van de fysieke integriteit van de transseksuele patiënt door de heelkundige wijziging van diens morfologie.²¹⁴

Sedert bij wet van 24 april 1985 in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek een bijzondere regeling werd ingevoerd met betrekking tot de wijziging van geslachtsaanduiding in de geboorteakte van transseksuelen²¹⁵, wordt echter niet langer betwist dat deze operatie een geoorloofd medisch handelen is, mits de voorwaarden worden inachtgenomen die gelden voor elk medisch handelen.

268. Met het inwerking treden van deze wet werd impliciet ook het kader gecreëerd waarbinnen transseksuelen kunnen beschikken over hun lichamelijke geslachtskenmerken.²¹⁶

De basisgedachte die aan de wettelijke regeling ten grondslag ligt, wordt verwoord in het huidige artikel 1:28 lid 1 N.B.W. dat bepaalt dat “iedere Nederlander die *de overtuiging* heeft tot het andere geslacht te behoren dan is vermeld in de akte van geboorte *en lichamenlijk aan het verlangde geslacht is aangepast* voor zover dit uit medisch of psychologisch oogpunt mogelijk en verantwoord is” de rechtbank kan verzoeken de vermelding van de kunne in de geboorteakte te wijzigen.²¹⁷ Hoewel deze wettelijke bepaling als dusdanig geen recht verleent om in geval van transseksualiteit een lichamelijke geslachtsverandering te ondergaan door middel van een hormonale en heelkundige behandeling, geeft de koppeling (“en”) tussen enerzijds de persoonlijke overtuiging van de transseksueel (subjectieve geslachtsbeleving) als

²¹⁴ Zie *infra*, nrs. 273-279.

²¹⁵ Zie *infra*, nrs. 596-598.

²¹⁶ H.J.J. LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht* (hierna verkort geciteerd: *Handboek*), I, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*; Alphen aan den Rijn, Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1994, 54-55.

²¹⁷ Cursivering toegevoegd door mij, K.U.

primaire grondvoorwaarde voor een wijziging van de geboorteakte en anderzijds de lichamelijke aanpassing aan het verlangde geslacht - wat een medische behandeling veronderstelt - aan dat de Nederlandse wetgever er van uitgaat dat een persoon over zijn lichamelijke sekse kan beschikken in zoverre er bij de betrokkene een permanente discongruentie wordt vastgesteld tussen deze lichamelijke sekse en de wijze waarop het geslacht psychologisch wordt beleefd.²¹⁸

Alleen binnen deze grens heeft het individu de mogelijkheid om een zelfbeschikkingsrecht uit te oefenen ten aanzien van de uiterlijke geslachtskenmerken. De Nederlandse wetgeving laat met andere woorden noch uitdrukkelijk noch impliciet toe dat een persoon geheel vrij beslist over zijn geslachtelijke identiteit.²¹⁹ Slechts indien uit een lichamenlijk en psychosociaal onderzoek blijkt dat de transseksuele geaardheid de enige verklaring is voor de psychische nood van de patiënt, is de geslachtsveranderende operatie een verantwoorde vorm van hulpverlening.²²⁰

269. De exacte draagwijdte van het recht dat transseksuele personen in Nederland hebben om hun lichamelijke geslachtskenmerken aan te passen aan hun genderidentiteit is evenwel niet geheel duidelijk.

270. Volgens LEENEN is deze begrensde vrijheid van geslachtskeuze een aspect van het zelfbeschikkingsrecht.²²¹ Dit zelfbeschikkingsrecht wordt door hem omschreven als een algemeen rechtsbeginsel dat onder meer in de artikelen 10 (het recht op persoonlijke levenssfeer) en 11 (het recht op onaantastbaarheid van het lichaam) van de Nederlandse Grondwet wordt geconcretiseerd en als dusdanig een van de dragende beginselen is van het gezondheidsrecht.²²² LEENEN maakt echter niet duidelijk welke inhoudelijke meerwaarde het begrip zelfbeschikking heeft ten opzichte van de in de artikelen 10 en 11 van de Nederlandse Grondwet gewaarborgde rechten.²²³ Hij beperkt er zich toe te stellen dat het zelfbeschikkingsrecht betekent dat elk individu binnen bepaalde grenzen een eigen keuze

²¹⁸ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, I, 54-55; F.A. VAN DER REIJT, 'Juridische aspecten van transseksualiteit', in L.J. GOOREN (ed.), *Transseksualiteit*, Alphen aan den Rijn, Samsom Stafleu, 1986, 135.

²¹⁹ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, I, 55.

²²⁰ COMMISSIE MEDISCHE ETHIEK ACADEMISCH ZIEKENHUIS VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM, *Medische ethiek in het VU ziekenhuis*, Amsterdam, Mart. Spruijt bv, 1998, 65.

²²¹ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, I, 54.

²²² *Ibid.*, 31 en 38-39.

²²³ D.P. ENGBERTS, *Met permissie. Morele argumentaties inzake het toestemmingsbeginsel bij de totstandkoming van de Wet Geneeskundige Behandelings-Overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 1997, 255-259.

heeft van normen en waarden met betrekking tot het eigen leven.²²⁴

Hieruit volgt mijns inziens dat het recht van de transseksueel om de fysieke attributen van de sekse aan te passen, in de opvatting van LEENEN hoogstens kan worden beschouwd als een *negatief* claimrecht.²²⁵ Dit houdt in dat de transseksueel vrij kan beslissen al dan niet over te gaan tot de lichamelijke benadering van subjectief beleefde sekse zonder dat hij in die keuze mag worden gestoord door interventies van anderen.²²⁶

271. VAN DER REIJT beschouwt het beperkte recht om de fysieke gender aan te passen daarentegen zeer duidelijk als een *positief* claimrecht, waarbij de transseksueel een aanspraak kan doen gelden op het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling. Hij leidt uit artikel 1:28 N.B.W. af dat een persoon wiens overtuiging te behoren tot de andere sekse door de behandelende geneesheren authentiek wordt bevonden, een recht heeft om de hormonale en heelkundige aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken te eisen.²²⁷

Deze stelling vindt evenwel geen steun in de voorbereidende werkzaamheden van de wet van 24 april 1985. De Memorie van Antwoord voor de Tweede Kamer vermeldt immers uitdrukkelijk dat artikel 1:28 N.B.W. als zodanig geen (subjectief) recht geeft op een medische behandeling.²²⁸ Het behoort met name aan de medische behandelaars om per geval vast te stellen of een medische behandeling mogelijk en verantwoord is.

272. Bijgevolg moet de beperkte vrijheid van geslachtskeuze naar Nederlands recht worden omschreven als een beslissingsbevoegdheid die binnen bepaalde, door de behandelende artsen *in concreto* te stellen grenzen, aan transseksuelen wordt toegekend om al dan niet de lichamelijke geslachtskenmerken zoveel mogelijk in overeenstemming te brengen met de door hen ervaren sekse, zonder in de uitoefening van deze beslissingsbevoegdheid te kunnen worden gestoord door anderen.

²²⁴ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, I, 31-35.

²²⁵ Cf. D.P. ENBERTS, *o.c.*, 276-277.

²²⁶ Zie D.P. ENGBERTS, *o.c.*, 217-218 en 276.

²²⁷ F.A. VAN DER REIJT, 'Juridische aspecten van transseksualiteit', *l.c.*, 135.

²²⁸ M.v.A., *Kamerst.* T.K. 1982-83, nr. 17297/6, 34.

AFDELING 2. DE GESLACHTSAANPASSENDE OPERATIES EN HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN DE FYSIEKE INTEGRITEIT

§1. Inleiding

273. De eerste geslachtsaanpassende operatie werd in Nederland reeds verricht in 1959.²²⁹ Deze heelkundige ingreep gaf op dat ogenblik aanleiding tot een hevige controverse, waarbij zelfs een tuchtrechtelijke vervolging werd opgestart tegen de plastisch chirurg die de ingreep had uitgevoerd.²³⁰ De betrokken chirurg werd echter vrijgesproken omdat het Nederlandse Wetboek van Strafrecht volgens de tuchtrechter niet voorzag in een passende delictsomschrijving.²³¹

274. Een jaar later verzochten de toenmalige ministers van Volksgezondheid en Justitie aan de Gezondheidsraad om zich uit te spreken over het therapeutische nut van de geslachtschirurgie met het oog op een eventuele strafbaarstelling van dit medische handelen.²³²

Daartoe werd binnen de Gezondheidsraad de Commissie Transsexisme opgericht, die op 7 oktober 1965 haar rapport uitbracht.²³³ Volgens deze Commissie kon van een heelkundige geslachtswijziging geen psychotherapeutisch effect worden verwacht.²³⁴ Het uitvoeren van geslachtsoperaties werd sterk ontraden omwille van de onzekerheid betreffende de diagnose en prognose van transseksualiteit en het grote risico dat de resultaten van de operatieve aanpassing niet overeenstemden met de verwachtingen van de patiënten.²³⁵

275. Ondanks deze afwijzende houding adviseerde de Commissie Transsexisme niet om de

²²⁹ P. COHEN-KETTENIS, 'Het verschijnsel transseksualiteit', in *Transseksualiteit*, L.J. GOOREN (ed.), Alphen aan den Rijn, Samsom Stafleu, 1986, 14; A.J. KUIPER, *Transseksualiteit. Evaluatie van de geslachtsaanpassende behandeling*, onuitg., Academisch Proefschrift Vrije Universiteit Amsterdam, Utrecht, 1991, 25-26; M.C. VAN GESTEL en W.A. DE HONDT, 'Van transseksualiteit naar transgenderisme in Europees perspectief', in J.M. VAN BUREN-DEE, *Privaatrecht en gros. Opstellen aangeboden door collegae, oud-collegae, medewerkers, oud-medewerkers promoti en promovendi aan prof. mr. F. Willem Grosheide ter gelegenheid van zijn jubileum van 25 jaar verbondenheid aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 54.

²³⁰ A.J. KUIPER, *o.c.*, 26; cf. P. COHEN-KETTENIS, 'Het verschijnsel transseksualiteit', *l.c.*, 14.

²³¹ A.J. KUIPER, *o.c.*, 26; cf. P. COHEN-KETTENIS, 'Het verschijnsel transseksualiteit', *l.c.*, 14.

²³² P. COHEN-KETTENIS, 'Het verschijnsel transseksualiteit', *l.c.*, 14; cf. A.J. KUIPER, *o.c.*, 26.

²³³ A.J. KUIPER, *o.c.*, 26.

²³⁴ M.v.A., *Kamerst.* E.K. 1984-85, nr. 17297/12b, 3; P. COHEN-KETTENIS, 'Het verschijnsel transseksualiteit', *l.c.*, 14; A.J. KUIPER, *o.c.*, 26.

²³⁵ Cf. F.A. VAN DER REIJT, 'Juridische aspecten van transseksualiteit', *l.c.*, 134.

geslachtsaanpassende operatie strafbaar te stellen. De Commissie erkende tevens dat haar advies moest worden beschouwd als een niet op zuiver wetenschappelijke gronden gefundeerd waardeoordeel, vermits zij zich slechts had kunnen baseren op beperkte wetenschappelijke gegevens.²³⁶

Mede daardoor werd uiteindelijk afgezien van het strafrechtelijk verbieden van het uitvoeren van geslachtsoperaties.²³⁷ Het rapport leidde er wel toe dat er gedurende enkele jaren in Nederland geen geslachtsaanpassende operaties meer werden uitgevoerd.²³⁸ Pas op einde van de zestiger jaren gingen de Nederlandse artsen bij de behandeling van transseksualiteit opnieuw over tot de hormonale en heelkundige aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken.²³⁹

276. Aangezien er zich inmiddels ook wetenschappelijke ontwikkelingen hadden voorgedaan in verband met transseksualiteit, besliste de toenmalige staatssecretaris van Volksgezondheid en Hygiëne in 1974 om een nieuwe adviesaanvraag te richten aan de Gezondheidsraad.²⁴⁰

Op de vraag of er sedert het rapport van de Gezondheidsraad van 7 oktober 1965 geen wijzigingen waren opgetreden in de wetenschappelijke opvattingen over transseksualiteit en of mede daardoor niet een ander, althans genuanceerder standpunt moest worden ingenomen ten aanzien van het medisch-ethische aspect van transseksualiteit, antwoordde de Commissie Transsexisme in haar interim-advies van 21 oktober 1977 dat de lichamelijke aanpassing door middel van een hormonale en heelkundige behandeling van daarvoor in aanmerking komende mensen met genderproblemen een therapeutisch verantwoorde, redelijke kans op succes belovende ingreep is.²⁴¹ Volgens de Commissie maakte de geslachtsaanpassende behandeling een essentieel onderdeel uit van een behandelingsplan dat de grootste kans op succes bood op een vermindering van de essentiële noden van transseksuelen. De Commissie Transsexisme was tevens van oordeel dat de administratieve aanpassing van de kunne een onderdeel vormt van een geïntegreerde therapie.²⁴² De Commissie kwam tot deze besluiten op basis van talrijke

²³⁶ M.v.A., *Kamerst.* E.K. 1984-85, nr. 17297/12b, 3.

²³⁷ M.v.A., *Kamerst.* E.K. 1984-85, nr. 17297/12b, 3.

²³⁸ M.v.A., *Kamerst.* E.K. 1984-85, nr. 17297/12b, 3; P. COHEN-KETTENIS, 'Het verschijnsel transseksualiteit', *l.c.*, 14; A.J. KUIPER, *o.c.*, 26.

²³⁹ A.J. KUIPER, *o.c.*, 26.

²⁴⁰ M.v.A., *Kamerst.* T.K. 1982-83, nr. 17297/6, 20; M.v.A., *Kamerst.* E.K. 1984-85, nr. 17297/12b, 30

²⁴¹ M.v.A., *Kamerst.* T.K. 1982-83, nr. 17297/6, 20-21 en 23; P. COHEN-KETTENIS, 'Het verschijnsel transseksualiteit', *l.c.*, 14.

²⁴² M.v.A., *Kamerst.* T.K. 1982-83, nr. 17297/6, 23.

ervaringen in het binnen- en buitenland.²⁴³

277. Het tweede advies van de Commissie Transsexisme over de therapeutische waarde van de geslachtsoperatie vormde mee de aanzet tot het indienen van het wetsontwerp houdende “nadere regelen ten behoeve van transsexuelen omtrent het wijzigen van de vermelding van de kunne in de akte van geboorte”.

Dit wetsontwerp leidde tot de invoering van de artikelen 1:29a tot en met 1:29d N.B.W. (de huidige artikelen 1:28 tot en met 1:28c N.B.W.). Vermits het artikel 1:28 lid 1 N.B.W. voor de wijziging van de vermelding van de kunne in de geboorteakte van een transseksueel in beginsel de lichamelijke aanpassing aan het nieuwe geslacht vereist²⁴⁴, moet worden aangenomen dat de Nederlandse wetgever thans impliciet maar zeker de principiële rechtmatigheid van de operatieve geslachtsverandering erkent als verantwoorde vorm van hulpverlening aan transseksuele personen.

278. Er werd evenwel uitdrukkelijk afgezien van het regelen van de voorwaarden waaronder de geslachtstransformerende ingrepen kunnen worden uitgevoerd.²⁴⁵ De vraag of in een concreet geval tot een heelkundige wijziging van de geslachtskenmerken mag worden overgegaan, kan volgens de Nederlandse wetgever niet in algemene zin worden beantwoord en moet daarom worden overgelaten aan de beoordeling van de door de transseksueel geconsulteerde artsen, die hiervoor ook verantwoordelijk zijn.

279. Het uitvoeren van een geslachtsoperatie dient bijgevolg in de eerste plaats te beantwoorden aan de regels en voorschriften die door de medische professie zelf werden uitgewerkt met betrekking tot de behandeling van transseksualiteit. Het uitvoeren van een geslachtsaanpassende operatie is tevens onderworpen aan de algemene civielrechtelijke en strafrechtelijke regels die voor elke medische handeling gelden.

§2. Voorwaarden

A. Algemeen

280. Medische handelingen die leed, pijn of letsel toebrengen evenals handelingen waardoor

²⁴³ M.v.A., *Kamerst.* T.K. 1982-83, nr. 17297/6, 20-21 en 23.

²⁴⁴ Zie over deze relatieve grondvoorwaarde *infra*, nrs. 604-606.

²⁴⁵ M.v.A., *Kamerst.* T.K. 1982-83, nr. 17297/6, 23 en 32.

de arts opzettelijk de gezondheid van de patiënt benadeelt, beantwoorden in beginsel aan de delictsomschrijving van de artikelen 300-305 Sr. (mishandeling)²⁴⁶, dan wel van de artikelen 307-309 Sr. (veroorzaken van de dood of van lichamelijk letsel door schuld).²⁴⁷

De facto blijft de toepassing van laatstgenoemde strafrechtelijke kwalificatie op medische handelingen weliswaar beperkt.²⁴⁸ De Hoge Raad heeft het begrip "schuld" in zin van de artikelen 307 en 308 Sr. immers zeer restrictief geïnterpreteerd als een "min of meer grove of aanmerkelijke onvoorzichtigheid, onachtzaamheid of nalatigheid" (*culpa lata*).²⁴⁹ Naar de letter van de wet moeten heelkundige ingrepen als de operatieve geslachtsverandering daarentegen wel als een zware mishandeling worden gekwalificeerd die onder de delictsomschrijving van artikel 300 j° 302 Sr. valt.²⁵⁰

281. Het medisch-professionele handelen wordt naar Nederlands recht echter niet strafbaar geacht wegens het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid.²⁵¹ Mits een heelkundige ingreep voldoet aan de eisen die aan een medische beroepshandeling worden gesteld, kan deze ingreep volgens de geldende wetenschappelijke en maatschappelijke inzichten niet als onrechtmatig worden beschouwd.²⁵² Indien de geneesheer strafrechtelijk wordt vervolgd wegens het uitvoeren van een operatieve ingreep kan hij zich beroepen op zijn recht om als medicus in het belang van zijn patiënt in het kader van een medische ingreep aldus te handelen (medische exceptie).²⁵³

Daartoe is in de eerste plaats vereist dat er een medische indicatie voorhanden is voor de

²⁴⁶ H.J.J. LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht* (hierna verkort geciteerd: *Handboek*), II, *Gezondheidszorg en recht*, Houten, Bohn, Stafleu Van Loghum, 1996, 100. Zie over deze delictsomschrijving : H.R. 11 februari 1929, *N.J.* 1929, 503, concl. VAN LIER, noot v. D.

²⁴⁷ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 100.

²⁴⁸ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 257.

²⁴⁹ H.R. 3 februari 1913, *N.J.* 1913, 571, concl. R.B. LEDEBOER; C.P.M. CLEIREN en J.F. NIJBOER, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer, Kluwer, 1994, 786; T.J. NOYON, G.E. LANGEMEIJER, J. REMMELINK, A.J.A. VAN DORST, J.W. FOKKENS en A.J.M. MACHIELSE, *Het wetboek van strafrecht*, III, Deventer, Gouda Quint, losbl., 991-992; zie evenwel Arr.-Rb. 's Hertogenbosch 13 juli 1992, *TvGR.* 1993, 21.

²⁵⁰ J. REMMELINK, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 360.

²⁵¹ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 101; zie C.P.M. CLEIREN en J.F. NIJBOER, *o.c.*, 776.

²⁵² H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 101-102; cf. H.R. 20 februari 1933, *N.J.* 1933, 918, concl. TAK, noot T.; T.J. NOYON, G.E. LANGEMEIJER, J. REMMELINK, e.a., *Het wetboek van strafrecht*, III, Deventer, Gouda Quint, losbl., 962-963.

²⁵³ H.R. 21 oktober 1986, *TvGR.* 1987, 46; H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 102.

uitgevoerde ingreep, en dat deze ingreep werd verricht volgens de regels van de kunst. De geneesheer dient met andere woorden te handelen volgens de medisch-professionele standaard.²⁵⁴ Daarenboven moet de geneesheer voorafgaand aan de medische handeling ook de toestemming van de patiënt hebben bekomen.

282. Dezelfde voorwaarden vindt men terug in de artikelen 7:446 e.v. N.B.W. betreffende de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling.

Deze artikelen werden in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek ingevoegd door de Wet Geneeskundige Behandelings-Overeenkomst van 17 november 1994.²⁵⁵ Zij beogen de positie van de patiënt te versterken door de codificatie van een aantal patiëntenrechten, waaronder het recht op informatie en het recht op inzage en afschrift van het dossier.²⁵⁶ Deze bepalingen hebben daarom een dwingendrechtelijk karakter (art. 7:468 N.B.W.).

B. Handelen volgens de medisch-professionele standaard

1. Begripsomschrijving

283. Het ontbreken van de wederrechtelijkheid van een heelkundige ingreep veronderstelt dat de chirurg een recht heeft om in het concrete geval operatief in te grijpen. Slechts indien zijn handelen voldoet aan de medisch-professionele standaard, kan hij zich als medicus beroepen op de zogenaamde medische exceptie.²⁵⁷

Ook op civielrechtelijk vlak moet de arts bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en daarbij handelen overeenkomstig de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de geldende medische-professionele standaard (art. 7:453 N.B.W.).

284. De medisch-professionele standaard verplicht de geneesheer zorgvuldig volgens de inzichten van de medische wetenschap te handelen op een wijze waarop een redelijk bekwaam arts van gelijke medische categorie in gelijkaardige omstandigheden zou handelen met

²⁵⁴ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 103.

²⁵⁵ *Stb.* 1994, 837 en 838.

²⁵⁶ D.P. ENGBERTS, *o.c.*, p. 1-2; H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 151.

²⁵⁷ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 102-103.

middelen die in een redelijke verhouding staan tot een concreet behandelingsdoel.²⁵⁸

Uit de begripsomschrijving van de medisch-professionele standaard kunnen drie vereisten worden gededuceerd waaraan een medische ingreep cumulatief dient te voldoen. Elk van deze onderscheiden voorwaarden wordt hierna besproken.

2. Ontleding van de medisch-professionele standaard

a) De handeling is medisch geïndiceerd met een concreet behandelingsdoel

285. Het beroepskarakter van een medische handeling houdt in de eerste plaats in dat er een medische indicatie voorhanden moet zijn die het verrichten van de handeling in het concrete geval legitimeert.²⁵⁹ Het uitvoeren van operatieve ingreep zonder een concreet behandelingsdoel is derhalve strafbaar zelfs indien de chirurg de ingreep heeft verricht volgens de regels van de kunst.²⁶⁰

286. De grenzen van wat als een medisch geïndiceerde handeling kan worden beschouwd, worden bepaald door de medische wetenschap.²⁶¹

In medisch-wetenschappelijke kringen wordt thans algemeen aanvaard dat de hormonale en heelkundige aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken zo niet de enige, dan wel de meest adequate en effectieve therapie is voor de behandeling van het transseksuele syndroom.²⁶² De vaststelling dat een patiënt na een zorgvuldige diagnosestelling met een redelijke mate van zekerheid als transseksueel moet worden beschouwd, vormt bijgevolg in de huidige stand van de wetenschap de medische indicatie voor het starten van een geslachtsaanpassende behandeling en met name voor het uitvoeren de geslachtsoperatie.

Het concrete behandelingsdoel van deze operatie bestaat er niet zozeer in om transseksualiteit te "genezen" in de klassieke zin van het woord, maar wel om het algemeen welbevinden van de transseksuele patiënt te verbeteren en hem in staat te stellen psychosociaal te functioneren

²⁵⁸ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 41; P.P.M. VAN REIJSEN, *Medisch-professionele autonomie en het gezondheidsrecht. Een wetenschappelijke proeve op het gebied van de rechtsgeleerdheid*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1999, 22.

²⁵⁹ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 101-102; P.P.M. VAN REIJSEN, *o.c.*, 22.

²⁶⁰ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 101.

²⁶¹ J. REMMELINK, *o.c.*, 361.

²⁶² Zie *supra*, nrs. 43-45.

als een lid van de andere sekse.

b) *De redelijke verhouding tussen doel en middelen*

287. Opdat een heelkundige ingreep zou worden gerechtvaardigd door de medische exceptie, is tevens vereist dat er een redelijke verhouding bestaat tussen het uitvoeren van deze ingreep en het nagestreefde behandelingsdoel.²⁶³ Er dient steeds een afweging te gebeuren tussen de risico's en het lijden dat een medische behandeling met zich meebrengt en het medische probleem dat met deze behandeling wordt bestreden.²⁶⁴

288. Het uitvoeren van een operatie die leidt tot de onomkeerbare wijziging van de lichamelijke geslachtskenmerken is zonder twijfel een zeer zwaarwichtige ingreep.

De proportionele doelmatigheid vereist dan ook dat deze ingreep slechts wordt verricht indien de diagnose van transseksualiteit met voldoende zekerheid is gesteld en het vaststaat dat van andere behandelingen zoals psychotherapie geen therapeutisch effect kan worden verwacht.²⁶⁵

c) *De handeling is uitgevoerd volgens de regels van de kunst*

289. De geslachtsoperatie moet tenslotte worden uitgevoerd volgens de regels van de kunst.²⁶⁶ Deze vereiste impliceert dat alleen chirurgen die beschikken over een voldoende bekwaamheid, een heelkundige aanpassing van de geslachtskenmerken mogen verrichten.²⁶⁷

Op de chirurg rust tevens de verplichting om zich op de hoogte te houden van de ontwikkeling van de geneeskundige wetenschap binnen zijn eigen vakgebied.²⁶⁸ Dit betekent nochtans niet dat hij elke nieuwe techniek onmiddellijk moet toepassen.

290. In de praktijk stelt deze vereiste in Nederland weinig problemen, vermits nagenoeg alle transseksuelen worden behandeld door het gender-team van de Vrije Universiteit te Amsterdam, dat is samengesteld uit een groot aantal specialisten uit verschillende

²⁶³ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 101; P.P.M. VAN REIJSEN, *o.c.*, 22.

²⁶⁴ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 39-40.

²⁶⁵ COMMISSIE MEDISCHE ETHIEK ACADEMISCH ZIEKENHUIS VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM, *o.c.*, 64-65.

²⁶⁶ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 35; P.P.M. VAN REIJSEN, *o.c.*, 22.

²⁶⁷ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 35-36.

²⁶⁸ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 41.

vakgebieden.

3. De concrete invulling van de medisch-professionele standaard : het behandelingsprotocol van het Academisch Ziekenhuis van de Vrije Universiteit te Amsterdam

a) Juridische status en doorwerking van het protocol

291. In 1997 heeft het gender-team van het Academisch ziekenhuis van de Vrije Universiteit te Amsterdam een medisch protocol uitgewerkt voor de behandeling van transseksuele personen.²⁶⁹

Dit protocol kan worden omschreven als de uitdrukking van een consensus binnen het gender-team van de Vrije Universiteit over de multidisciplinaire aanpak van de hulpverlening aan transseksuelen.²⁷⁰ Het beschrijft de uitgangspunten, de werkwijze en de procedures die dit gender-team op een uniforme wijze hanteert bij het uitvoeren van de geslachtsaanpassende behandeling, die wordt beschouwd als de meest adequate en effectieve therapie voor de behandeling van de door transseksuelen ervaren gender-dysforie.²⁷¹

292. Bij het invullen van de medisch-professionele standaard waaraan het handelen van de arts moet beantwoorden, kan de rechter onder meer rekening houden met de regels van dit behandelingsprotocol²⁷², dat aldus zowel op strafrechtelijk als op civielrechtelijk gebied doorwerkt in de relatie arts-patiënt.

Nochtans vormt de in het protocol opgenomen procedure geen dwingende regeling voor de behandeling van transseksuelen in individuele gevallen. De zorg van een goed hulpverlener (art. 7:453 N.B.W.) kan er precies toe leiden dat in concrete gevallen van de voorgeschreven werkwijze moet worden afgeweken.²⁷³ Elke afwijking van het protocol vereist echter een

²⁶⁹ HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Hulpverlening aan genderdysforici door het genderteam van het Academisch Ziekenhuis Vrije Universiteit te Amsterdam. Behandelingsprotocol: Uitgangspunten, werkwijze en procedures* (Hierna verkort geciteerd: *Behandelingsprotocol*), s.l., 1997, 64 p.

²⁷⁰ Zie P.P.M. VAN REIJSEN, *o.c.*, 5-6.

²⁷¹ HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 4. Cf. P.P.M. VAN REIJSEN, *o.c.*, 5-6.

²⁷² H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 34-35; P.P.M. VAN REIJSEN, *o.c.*, 42; cf. Arr.-Rb. Utrecht 26 juli 1995, *TvGR*. 1996, 115.

²⁷³ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 35; P.P.M. VAN REIJSEN, *o.c.*, 42.

uitdrukkelijke motivatie van de behandelende arts.²⁷⁴ Daardoor wordt de bewijslast verplaatst van de patiënt naar de geneesheer.²⁷⁵ Deze laatste moet aantonen dat de afwijking van het protocol in de gegeven omstandigheden naar medisch inzicht verantwoord was en dat de afwijking *lege artis* is uitgevoerd.²⁷⁶

Indien de geneesheer daarentegen handelt overeenkomstig de geldende protocollen, is zijn handelen in beginsel niet onrechtmatig.²⁷⁷ Dit betekent evenwel niet dat er zich omstandigheden kunnen voordoen waardoor een afwijking van het protocol noodzakelijk is. Indien de arts dan blindelings het behandelingsprotocol volgt zonder de al dan niet toepasselijkheid ervan op het concrete geval in ogenschouw te nemen, bestaat de mogelijkheid dat hij alsnog strafrechtelijk of civielrechtelijk aansprakelijk wordt gesteld.²⁷⁸

293. *De facto* wordt het gezag van het protocol van het Amsterdamse gender-team nog versterkt door het feit dat nagenoeg alle geslachtsaanpassende behandelingen in Nederland worden uitgevoerd door dit gender-team.²⁷⁹

De jure kan het protocol nochtans niet worden beschouwd als een algemeen bindend voorschrift.²⁸⁰ Het protocol vindt zijn grondslag immers niet in de Grondwet noch in een wet in de formele zin van het woord. De voorschriften van het protocol zijn regels *sui generis* die niet onderworpen zijn aan de toetsing van de Hoge Raad.²⁸¹ Een schending van deze regels door een vonnis of arrest levert bijgevolg geen cassatiegrond op in de zin van artikel 99 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie.²⁸²

294. Elk lid van het gender-team blijft daarenboven gebonden door de beroepscode die door

²⁷⁴ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 34-35; P.P.M. VAN REIJSEN, *o.c.*, 42.

²⁷⁵ P.P.M. VAN REIJSEN, *o.c.*, 231.

²⁷⁶ P.P.M. VAN REIJSEN, *o.c.*, 237.

²⁷⁷ Pres. Arr.-Rb. Amsterdam 20 september 1990, *N.J.* 1992, 612; Pres. Arr.-Rb. Amsterdam 19 december 1991, *TvGR.* 1992, 356; P.P.M. VAN REIJSEN, *o.c.*, 237.

²⁷⁸ Zie P.P.M. VAN REIJSEN, *o.c.*, 237-238.

²⁷⁹ S. OSBURG en C. WEITZE, 'Betrachtungen über zehn Jahre Transsexuellengesetz', *Recht & Psychiatrie* 1993, 103.

²⁸⁰ P.P.M. VAN REIJSEN, *o.c.*, 39-40.

²⁸¹ P.P.M. VAN REIJSEN, *o.c.*, 40.

²⁸² *Ibid.*, 40-41; cf. H.R. 14 januari 1992, *N.J.* 1992, nr. 360, concl. LEJTEN, noot THWV.

zijn of haar beroepsvereniging is opgesteld.²⁸³

Voor de medici die aangesloten zijn bij de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst gelden de “Gedragsregels voor artsen”²⁸⁴ die op 15 februari 1994 door de Algemene Vergadering van deze organisatie werden goedgekeurd. De psychologen moeten de regels van de “nieuwe Beroepscode voor psychologen 1998”²⁸⁵ van het Nederlands Instituut van Psychologen in acht nemen.

b) *De normen voor de behandeling van transseksuele personen*

i) DE DIAGNOSE VAN TRANSSEKSUALITEIT

295. Niet elke persoon die een sterke en aanhoudende identificatie vertoont met het andere geslacht, komt in aanmerking voor een geslachtsaanpassende behandeling. Transseksuelen vormen de enige categorie van genderdysforici die deze behandeling mogen ondergaan.²⁸⁶

Aangezien de geslachtsaanpassende behandeling voor de patiënt onomkeerbare gevolgen met zich meebrengt, wordt in het protocol van het Amsterdamse gender-team dan ook uitvoerig ingegaan op de diagnosestelling, die in verschillende fases gebeurt.

296. Alle personen die zich met genderdysforische problemen aanmelden bij het gender-team van het Academisch Ziekenhuis te Amsterdam, hebben een eerste eenmalig consult met een van de artsen van de polikliniek andrologie die lid is van het gender-team. Tijdens dit consult wordt de aard en de ernst van de hulpvraag onderzocht.

Als er sprake is van een genderdysforische problematiek wordt de patiënt voor verdere diagnose doorverwezen. In beginsel wordt de patiënt daarvoor verwezen naar een psycholoog van het gender-team, tenzij de uitkomst van een standaard gebruikte screeninglijst²⁸⁷ de

²⁸³ HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 9.

²⁸⁴ *Gedragsregels voor artsen* (hierna verkort geciteerd: *Gedragsregels voor artsen*), Utrecht, Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst, 1994, 12 p.

²⁸⁵ *De nieuwe Beroepscode voor psychologen 1998* (hierna verkort geciteerd: *Beroepscode 1998 N.I.P.*), s.l., Nederlands Instituut van Psychologen, <http://www.psynip.nl/leden/ethiek/nbc.htm>, 25 p.

²⁸⁶ HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 4; M.C. VAN GESTEL en W.A. DE HONDT, ‘Van transseksualiteit naar transgenderisme in Europees perspectief’, *l.c.*, 61-62.

²⁸⁷ HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 43.

doorverwijzing naar een psychiater van het gender-team indiceert.²⁸⁸ Indicaties voor een verwijzing naar een psychiater zijn onder meer verslavingsproblemen, het huidige of recente gebruik van psychofarmaca en een psychiatrische voorgeschiedenis. Minderjarige patiënten worden standaard verwezen naar de afdeling Kinder- en Jeugdpsychiatrie van het Academisch Ziekenhuis te Utrecht.²⁸⁹

297. De psycholoog of psychiater stelt vervolgens een differentiaaldiagnose, waarbij hij nagaat of er bij de aangemelde patiënt sprake is van transseksualiteit dan wel van een aanverwante problematiek.²⁹⁰

De diagnosticus tracht in de eerste plaats zoveel mogelijk gegevens te verzamelen door gesprekken met familieleden, partners of hulpverleners. Deze dataverzameling is grotendeels gestandaardiseerd omwille van de complexe problematiek en het subjectieve karakter van de informatie. De patiënt wordt tevens onderworpen aan een reeks psychologische tests, die steeds worden uitgevoerd en geïnterpreteerd door een psycholoog van het gender-team.

298. Ondanks de diversiteit aan transseksuele levensgeschiedenissen, stelt het Amsterdamse gender-team een aantal basiskenmerken voorop waaraan een persoon moet voldoen om als transseksueel in aanmerking te komen voor een geslachtsaanpassende behandeling.²⁹¹

Er moet onder meer een zeer extreme vorm van onbehagen en disharmonie met het eigen lichaam worden vastgesteld met een sterke afkeer van de primaire en secundaire geslachtskenmerken. De patiënt moet de wens uiten om de nodige hormonale en heelkundige ingrepen te ondergaan ten einde te kunnen leven als een persoon van de andere sekse.²⁹² Deze wens moet gedurende ten minste 2 jaar onafgebroken bestaan en herhaaldelijk geuit zijn.

ii) DE THERAPEUTISCHE BESLISSINGEN

299. Indien de psycholoog of psychiater met een aanvaardbare mate van zekerheid de

²⁸⁸ *Ibid.*, 7.

²⁸⁹ Zie verder *infra*, nrs. 305-309.

²⁹⁰ HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 12-16.

²⁹¹ ACADEMISCH ZIEKENHUIS VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM, *VMMV*, Amsterdam, Mart. Spruijt bv, 1992, 6; HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 16.

²⁹² Een hormonale behandeling werd geweigerd aan een persoon met een mannelijk uiterlijk die zich tegelijk vrouw en man voelde, maar geen geslachtsoperatie ambieerde. M.C. VAN GESTEL en W.A. DE HONDT, 'Van transseksualiteit naar transgenderisme in Europees perspectief', *l.c.*, 61-62.

diagnose van transseksualiteit heeft gesteld, bestaat er voor de betrokken patiënt in beginsel een positieve indicatie tot de start van de geslachtsaanpassende behandeling.²⁹³ Vooraleer de patiënt echter daadwerkelijk tot de behandeling wordt toegelaten, wordt uitgebreid overleg gevoerd binnen het gender-team.²⁹⁴

300. Een eerste bespreking van de diagnose en indicatiestelling voor de geslachtsaanpassende behandeling vindt plaats in het kader van het zogenaamde “Psyge-overleg”, dat maandelijks wordt gehouden tussen de psychologen en psychiaters van het gender-team, in aanwezigheid van de coördinator van het gender-team en de kinderpsychologen van het Academisch Ziekenhuis te Utrecht.

Wordt er binnen dit overleg een consensus bereikt over de indicatie, dan wordt gericht advies gegeven over het beleid rond deze patiënt. In het tegenovergestelde geval kan de gestelde diagnose en de behandelingsindicatie worden afgewezen. Het Psyge-overleg kan alsdan echter ook adviseren om de diagnostische fase te verlengen of beslissen om de patiënt uit te nodigen voor een gemeenschappelijk consult.

De beslissing van het Psyge-overleg en het voorgestelde beleid worden opgetekend in de notulen van de maandelijks vergadering en ter kennisgeving genoteerd in de psychologische status van de patiënt. De uitkomst van dit overleg heeft geen bindend karakter ten aanzien van de arts die uiteindelijk beslist over het al dan niet starten van de geslachtsaanpassende behandeling. Het Psyge-overleg beslist wel zelfstandig over het respectievelijk aanhouden of afwijzen van de indicatie voor de geslachtsaanpassende behandeling.

301. Ingeval van het Psyge-overleg leidt tot een positief besluit, wordt de patiënt besproken op de eerstvolgende plenaire vergadering van het gender-team, waarop alle leden van het team aanwezig zijn.

De plenaire vergadering van het gender-team kan de beslissing van het Psyge-overleg overnemen, aanhouden of afwijzen. De beslissing van de vergadering wordt genotuleerd en ter kennisgeving genoteerd in de medische en in de psychologische status van de patiënt.

302. Indien het voorstel van de psycholoog of psychiater om over te gaan tot het starten van de geslachtsaanpassende behandeling zowel door het Psyge-overleg als door de plenaire vergadering van het gender-team is overgenomen, wordt de arts van de polikliniek Andrologie

²⁹³ HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 16.

²⁹⁴ *Ibid.*, 16-19.

waarmee de patiënt reeds een eerste consult had, schriftelijk op de hoogte gebracht door de betrokken diagnosticus.

De patiënt wordt vervolgens door de arts van de polikliniek Andrologie uitgenodigd voor een tweede consult, waarna deze arts naar eigen inzicht beslist of hij instemt met het voorstel om de geslachtsaanpassende behandeling te starten. De psycholoog of psychiater wordt schriftelijk in kennis van een positieve beslissing van de arts. Is de arts daarentegen een andere mening toegedaan, dan wordt zijn (afwijzende) beslissing besproken in de eerstvolgende plenaire vergadering.

303. Voor iedere operatieve ingreep in het kader van de geslachtsaanpassende behandeling²⁹⁵ dient een gemeenschappelijke schriftelijke indicatie te worden geschreven door de behandelende arts van de polikliniek Andrologie en de begeleidende psycholoog of psychiater.²⁹⁶

304. De vaginaplastiek en de eventuele mamma-augmentatie bij man-naar-vrouw-transseksuelen evenals de *mastectomie*, de heelkundige verwijdering van *uterus* en *ovaria* en de falloplastiek bij vrouw-naar-man-transseksuelen worden altijd voorafgaand besproken in de plenaire vergadering van het gender-team.²⁹⁷ Een vrouw-naar-man-transseksueel die een falloplastiek wenst te ondergaan wordt daarenboven opnieuw gezien door de psychiater of psycholoog.

Alvorens tot deze operatieve ingrepen wordt overgegaan, moet de patiënt met succes de 'real-life test' hebben doorlopen gedurende ten minste achttien maanden voor man-naar-vrouw-transseksuelen en twaalf maanden door vrouw-naar-man-transseksuelen.²⁹⁸ Tijdens de duur van de real-life fase is een driemaandelijks contact met de psychiater of psycholoog verplicht.²⁹⁹

iii) LEEFTIJD

305. Het Amsterdamse gender-team legt een bijzondere voorzichtigheid aan de dag bij de

²⁹⁵ Dus ook voor een eventuele cosmetische ingreep of een stembandoperatie.

²⁹⁶ HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 22.

²⁹⁷ *Ibid.*, 25-26.

²⁹⁸ HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 22.

²⁹⁹ *Ibid.*, 24.

behandeling van genderdysfore patiënten die de leeftijd van achttien jaar niet hebben bereikt. Deze patiënten worden standaard doorverwezen naar de afdeling Kinder- en Jeugdpsychiatrie van het Academisch Ziekenhuis te Utrecht.³⁰⁰⁻³⁰¹

De sectie diagnostiek van deze afdeling heeft in de afgelopen tien jaren immers een specifieke deskundigheid ontwikkeld in het verrichten van diagnostisch onderzoek bij kinderen en adolescenten met genderdysfore problemen.

306. De door de psycholoog of psychiater gestelde diagnose van transseksualiteit maakt altijd eerst het voorwerp uit van intern overleg binnen het Academisch Ziekenhuis van Utrecht.³⁰² Vervolgens vindt een bespreking plaats in het kader van het hierboven reeds genoemde Psyche-overleg. De gestelde diagnose wordt aan de adolescente patiënt evenals aan diens ouders of verzorgers in een gesprek door de diagnosticus medegedeeld.³⁰³

Een positieve indicatie voor een geslachtsaanpassende behandeling en/of een operatieve ingreep moet altijd worden goedgekeurd door het sectiehoofd van de sectie diagnostiek, dat geaffilieerd is met het gender-team van het Academisch Ziekenhuis te Amsterdam. Daarna volgt de indicatie dezelfde beslissingsroute als bij meerderjarige patiënten.

307. Indien de omstandigheden gunstig zijn om met de *real-life* test te beginnen, worden vanaf de leeftijd van zestien jaar hormonen toegediend die de oorspronkelijke geslachtskenmerken onderdrukken.³⁰⁴

Daartoe is onder meer vereist dat de adolescente transseksueel voldoende psychische stabiliteit vertoont en in het ouderlijke milieu ondersteuning vindt bij het doorlopen van het transformatieproces. In het algemeen wordt bij adolescenten met veel biologische, psychologische of sociale risicofactoren, zoals een ongeschikt fysiek voorkomen, een psychische disfunctie of een beperkt sociaal netwerk, alsmede in gevallen waarin enige twijfel bestaat omtrent de diagnose niet gestart met de hormonale behandeling voor de

³⁰⁰ Zie HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 21.

³⁰¹ De psychiaters en psychologen die aan deze afdeling zijn verbonden, hebben - eveneens in 1997 - een behandelingsprotocol opgesteld dat aansluit bij het protocol van het gender-team van de Vrije Universiteit te Amsterdam (DE AFDELING KINDER- EN JEUGDPSYCHIATRIE VAN HET AZU, *Hulpverlening aan genderdysforische adolescenten door de afdeling Kinder- en Jeugdpsychiatrie van het Academisch Ziekenhuis Utrecht*, Utrecht, 1997, 45 p.).

³⁰² DE AFDELING KINDER- EN JEUGDPSYCHIATRIE VAN HET AZU, *o.c.*, 12-13.

³⁰³ *Ibid.*, 13-14.

³⁰⁴ DE AFDELING KINDER- EN JEUGDPSYCHIATRIE VAN HET AZU, *o.c.*, 17.

volwassenheid.³⁰⁵

Vanaf de leeftijd van zestien jaar zijn minderjarigen in de regel ook bekwaam om ten behoeve van zichzelf een behandelingsovereenkomst aan te gaan, alsmede tot het verrichten van rechtshandelingen die met de overeenkomst onmiddellijk verband houden (art. 7: 447 lid 1 N.B.W.). In samenlezing met artikel 7:450 lid 1 N.B.W. biedt deze bepaling een minderjarige transseksueel die de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, dan ook de mogelijkheid om zelf en zelfstandig toe te stemmen in de hormonale behandeling.

308. Uitzonderlijk zou de hormonale behandeling ook kunnen worden opgestart bij een minderjarige patiënt die de leeftijd van twaalf jaren, maar de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt.

Bij deze categorie van minderjarigen is evenwel voor elke medische verrichting, naast de toestemming van de minderjarige zelf, tevens de toestemming vereist van de ouders die het gezag over hem uitoefenen of van zijn voogd (art. 7:450 lid 2 N.B.W.). Het volstaat weliswaar dat de geneesheer voorafgaand aan de behandeling de toestemming van de ouders of voogd heeft *gevraagd*.³⁰⁶⁻³⁰⁷ Zelfs als de ouders of voogd hun toestemming weigeren, kan de medische verrichting immers alsnog worden uitgevoerd indien zij kennelijk nodig is teneinde ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen, of nog indien de minderjarige patiënt, ook na de weigering van de toestemming, de ingreep weloverwogen blijft wensen (art. 7:450 lid 2 *in fine* N.B.W.).

Theoretisch zou de geslachtsaanpassende behandeling bijgevolg zelfs kunnen worden opgestart tegen de uitdrukkelijke wil van de ouders of de voogd, indien de minderjarige na de weigering van zijn ouders of voogd volhardt in zijn wens. In de praktijk zal in deze uitzonderlijke hypothese de behandeling worden uitgesteld, aangezien de opvang en ondersteuning van de adolescente transseksueel door diens ouderlijke milieu precies een primordiale vereiste is om de toediening van hormonen aan te vatten.

309. Minderjarigen onder de twaalf jaar moeten worden vertegenwoordigd door hun ouders of voogd die beslissen of de betrokken minderjarige al dan niet de medische ingreep ondergaat (art. 7:465 lid 1 N.B.W.).

³⁰⁵ DE AFDELING KINDER- EN JEUGDPsYCHIATRIE VAN HET AZU, *o.c.*, 3.

³⁰⁶ Dus niet de toestemming te "bekomen". Cursivering toegevoegd door mij, K.U.

³⁰⁷ Zie hierover D.P. ENGBERTS, *o.c.*, 54-56.

Bij deze kinderen wordt een hormonale en/of chirurgische aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken in de praktijk echter nooit overwogen, zelfs niet indien bij hen een stoornis in de genderidentiteit wordt vastgesteld en zij een geslachtsverandering wensen.³⁰⁸ De kans op een latere transseksuele ontwikkeling wordt te klein geacht bij deze categorie van patiënten. *De facto* geldt de leeftijd van twaalf jaar derhalve als een minimumgrens om een geslachtsaanpassende behandeling te starten.

iv) DE BEHANDELING VAN GEHUWDE TRANSSEKSUELEN

310. De geslachtsaanpassende behandeling wordt niet voorbehouden aan ongehuwde personen. De staat van gehuwd persoon komt wel voor in de gestandaardiseerde lijst met risicofactoren waaromtrent door de psycholoog of psychiater vragen worden gesteld aan de patiënt.³⁰⁹

v) DE VEREISTE VAN DE KINDERLOOSHEID

311. De vastgestelde afstammingsband ten aanzien van een transseksuele patiënt vormt in het protocol van het gender-team van de Vrije Universiteit te Amsterdam als dusdanig geen grond om de patiënt van een geslachtsaanpassende behandeling uit te sluiten.

Het feit dat de transseksueel reeds kinderen heeft verwekt *casu quo* gebaard, is echter eveneens opgenomen in de lijst met risicofactoren.

vi) NATIONALITEIT

312. Een bijzonder probleem rijst ten aanzien van asielzoekers die zich bij het gender-team aanmelden met de wens een geslachtsaanpassende behandeling te ondergaan terwijl de procedure inzake het verkrijgen van een verblijfsvergunning nog hangende is.³¹⁰

313. In zoverre de taal geen belemmering vormt voor de informatieverschaffing, mag deze specifieke groep van patiënten alleszins de eerste diagnostische fase doorlopen. Indien de diagnose 'transseksualiteit' wordt gesteld, worden zij toegelaten tot de geslachtsaanpassende behandeling, mits er een redelijke verwachting bestaat dat de asielzoeker tot na de verwachte

³⁰⁸ DE AFDELING KINDER- EN JEUGDPsYCHIATRIE VAN HET AZU, *o.c.*, 3.

³⁰⁹ HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 47.

³¹⁰ HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 10-11.

einddatum van de behandeling in Nederland mag verblijven.

Om te bepalen of redelijkerwijze kan worden aangenomen dat de kandidaat voldoende lang in Nederland mag verblijven, wordt expliciet de mening gevraagd van de verwijzende arts en/of de huisarts van de patiënt. Indien de asielzoeker verblijft in een asielzoekerscentrum en/of voor hem of haar een verzoek tot asiel in behandeling is, tracht het gender-team via de (verwijzende) arts van dit asielzoekerscentrum een geschreven verklaring te bekomen van het Ministerie van Justitie, waarin wordt vermeldt dat er geen bezwaar bestaat dat de patiënt de geslachtsaanpassende behandeling in Nederland ondergaat en daartoe voldoende lang in Nederland kan verblijven.

C. Informed consent

1. Toestemmingsvereiste

314. Hoewel de toestemming van de patiënt *eo ipso* geen voldoende rechtvaardigingsgrond oplevert voor een chirurgische ingreep³¹¹, mag de chirurg slechts handelen nadat hij deze toestemming heeft verkregen. Zelfs indien de operatie medisch geïndiceerd is en werd uitgevoerd volgens de regels van de kunst, zou het verrichten ervan zonder toestemming een (zware) mishandeling uitmaken.³¹²

Alleen indien de patiënt niet in staat is zijn wil kenbaar te maken, mag de arts handelen zonder voorafgaande toestemming van de patiënt.³¹³ Behalve in geval van hoogdringendheid, moet de geneesheer in deze hypothese alsnog een vervangende toestemming krijgen van de wettelijke vertegenwoordigers of de verwanten van de betrokkene (cf. artikel 7:465 lid 2 en 3 N.B.W.).

315. Ook in het civiele recht wordt de voorafgaande toestemming van de patiënt met de voorgenomen heilkundige ingreep als principe vooropgesteld. Elke verrichting in het kader van een geneeskundige behandelingsovereenkomst vereist in beginsel de toestemming van de

³¹¹ D.P. ENBERTS, *o.c.*, 3; H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 102-103.

³¹² C.P.M. CLEIREN en J.F. NIJBOER, *o.c.*, 776; H.J.J. LEENEN, *Handboek*, I, 158; H.J.J. LEENEN, *Handboek*, II, 101 en 103; T.J. NOYON, G.E. LANGEMEIJER, J. REMMELINK, e.a., *Het wetboek van strafrecht*, III, Deventer, Gouda Quint, losbl., 970; J. REMMELINK, *o.c.*, 360.

³¹³ T.J. NOYON, G.E. LANGEMEIJER, J. REMMELINK, e.a., *Het wetboek van strafrecht*, III, Deventer, Gouda Quint, losbl., 970; J. REMMELINK, *o.c.*, 360-361.

patiënt (art. 7:450 lid 1 N.B.W.).³¹⁴ Deze toestemming in het concrete medische handelen in uitvoering van de medische behandelingsovereenkomst moet worden onderscheiden van de toestemming voor het aangaan van de behandelingsovereenkomst zelf.³¹⁵

Indien de verrichting niet van ingrijpende aard is, mag de toestemming van de patiënt worden verondersteld te zijn gegeven (art. 7:466 lid 2 N.B.W.). Dit geldt vanzelfsprekend niet voor de geslachtsoperatie die een ingrijpende en onomkeerbare impact heeft op de lichamelijkeheid van de transseksueel. De chirurg mag bijgevolg slechts tot handelen overgaan wanneer de transseksuele patiënt, na voldoende te zijn geïnformeerd, daartoe de toestemming heeft verleend.³¹⁶

316. De toestemming kan zowel mondeling als schriftelijk worden gegeven.³¹⁷ De patiënt kan wel verzoeken dat de medicus schriftelijk vastlegt voor welke verrichtingen van ingrijpende aard de patiënt toestemming heeft gegeven (art. 7:451 N.B.W.).

In Nederland wordt in het algemeen weinig met toestemmingsformulieren gewerkt.³¹⁸ Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst werd overigens benadrukt dat een algemene verplichting tot schriftelijke vaststelling van de toestemming zou leiden tot een onnodige administratieve belasting en ongewenste formalisering van de relatie arts-patiënt.³¹⁹

317. Artikel 7:451 N.B.W. staat nochtans niet in de weg dat het verzoek tot schriftelijke vaststelling uitgaat van de geneesheer zelf.³²⁰ Bij riskante en verstrekkende ingrepen wordt het zelfs nuttig geacht dat de chirurg zelf verzoekt om de toestemming schriftelijk vast te leggen in een *informed consent*-formulier.³²¹

In de praktijk maakt het Amsterdamse gender-team steeds van dergelijke formulieren gebruik,

³¹⁴ Amsterdam 22 december 1994, *TvGR*. 1995, 517; Arr.-Rb. Breda 15 maart 1994, *TvGR*. 1995, 49.

³¹⁵ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, I, 171-172.

³¹⁶ Zie ook Regel II.9 van de Gedragsregels voor artsen.

³¹⁷ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, I, 172.

³¹⁸ *Ibid*, 172.

³¹⁹ D.P. ENGBERTS, *o.c.*, 87.

³²⁰ *Ibid.*, 87.

³²¹ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, I, 172-173.

zowel voor de hormonale behandeling als voor de geslachtsoperatie.³²² Telkens vermeldt het informatie- en toestemmingsformulier de belangrijkste gevolgen en de eventuele bijwerkingen en risico's van de medische handeling waarvoor de patiënt zijn toestemming geeft. Voor de hormonale behandeling van adolescente transseksuelen wordt zowel aan de patiënt zelf als aan diens ouders en/of verzorgers gevraagd om de formulieren te ondertekenen

2. Het recht op informatie

a) Algemeen

318. De toestemming in een medische handeling is slechts geldig in de mate waarin de patiënt voorafgaand door de geneesheer voldoende is geïnformeerd over de aard en de gevolgen van de behandeling.³²³

319. Civielrechtelijk is het recht op informatie onder meer opgenomen in de artikelen 7:448, 7:449 en 7:457 N.B.W. Deze bepalingen vormen de uitwerking van het recht op onaantastbaarheid van het lichaam, zoals vastgelegd in artikel 11 van de Nederlandse Grondwet.³²⁴ Zij bevatten een gedetailleerde regeling van het recht op informatie en vooral van de voornaamste grond om het achterhouden van bepaalde informatie te rechtvaardigen, de zogenaamde therapeutische exceptie.

De geneesheer heeft met name de mogelijkheid om aan de patiënt (bepaalde) inlichtingen te onthouden voor zover het verstrekken ervan kennelijk ernstig nadeel zou opleveren voor de patiënt (art. 7:448 lid 3 N.B.W.). Deze uitzondering op het recht van de patiënt om voorafgaand aan de beslissing om al dan niet toe te stemmen in de voorgestelde medische handeling wordt hier niet verder uitgewerkt. Het lijkt immers weinig waarschijnlijk dat zij zich frequent zal voordoen in het kader van een geslachtsaanpassende behandeling.

320. De geneesheer moet de patiënt op een duidelijke wijze, en desgevraagd schriftelijk inlichten over het voorgenomen onderzoek en de voorgestelde behandeling, alsmede over de ontwikkelingen omtrent de ontwikkelingen omtrent het onderzoek, de behandeling en de gezondheidstoestand van de patiënt (art. 7:448 lid 1 N.B.W.). Hij is gehouden zich daarbij te laten leiden door hetgeen de patiënt redelijkerwijze dient te weten over de aard en het doel van

³²² HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 25, 29 en 31.

³²³ C.P.M. CLEIREN en J.F. NIJBOER, *o.c.*, 776; H.J.J. LEENEN, *Handboek*, I, 163; T.J. NOYON, G.E. LANGEMEIJER, J. REMMELINK, e.a., *Het wetboek van strafrecht*, III, Deventer, Gouda Quint, losbl., 970.

³²⁴ D.P. ENGBERTS, *o.c.*, 88.

de behandeling, de uit te voeren verrichtingen en de te verwachten gevolgen en risico's daarvan, evenals de eventuele alternatieve onderzoeks- of behandelingsmethoden en de prognose met betrekking tot de gezondheid van de patiënt (art. 7:448 lid 2 N.B.W.).

Als algemene richtlijn kan met andere woorden worden gesteld dat de informatieplicht zich uitstrekt tot de inlichtingen over de feiten en mogelijkheden waarvan mag worden verwacht dat een redelijk mens ze in de concrete omstandigheden in overweging neemt alvorens zijn beslissing te nemen aangaande de voorgestelde behandeling.³²⁵

b) *Informatieverstrekking in het kader van de geslachtsaanpassende behandeling*

321. Aangezien de geslachtsaanpassende behandeling een verstreckende ingreep is, ligt het voor de hand dat inhoudelijk aan de informatieverplichting hoge eisen worden gesteld.³²⁶

In het behandelingsprotocol van het Amsterdamse gender-team wordt dan ook veel belang gehecht aan de wijze waarop de patiënt gedurende het ganse transformatieproces mondeling en schriftelijk wordt geïnformeerd over de behandeling. De schriftelijke informatie vormt daarbij slechts een ondersteuning en dus geenszins een alternatief voor de mondeling gegeven toelichting.³²⁷ In de medische status wordt ook steeds aangetekend welke mondelinge en schriftelijke informatie werd gegeven.³²⁸

322. Het verstrekken van informatie vangt reeds aan na afloop van het eerste consult met de arts van de polikliniek andrologie. Op dat ogenblik ontvangt de patiënt de geschreven richtlijnen van het behandelingsschema van het gender-team³²⁹ die mondeling worden toegelicht door de coördinator van dit team.³³⁰ Daarnaast ontvangt de patiënt ook brochures van de Stichting Nederlands Gender Centrum en zelfhulpgroepen, evenals een informatiebrochure van het Academisch Ziekenhuis te Amsterdam.³³¹

³²⁵ Arr.-Rb. Haarlem 9 augustus 1994, *TvGR*. 1996, 227; H.J.J. LEENEN, *Handboek*, I, 165; cf. Amsterdam 22 december 1994, *TvGR*. 1995, 517; Arr.-Rb. Utrecht 26 juli 1995, *TvGR*. 1996, 115; Arr.-Rb. Utrecht 25 juni 1997, *TvGR*. 1999, 191.

³²⁶ H.J.J. LEENEN, *Handboek*, I, 166.

³²⁷ Zie hierover H.J.J. LEENEN, *Handboek*, I, 166.

³²⁸ HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 8; cf. Regel I.8 van de Gedragsregels voor artsen.

³²⁹ HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 45; cf. art. III.2.3.4 Beroepscode 1998 N.I.P.

³³⁰ HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 7.

³³¹ ACADEMISCH ZIEKENHUIS VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM, *VMMV*, Amsterdam. Mart. Spruijt bv, 1992. (wordt vervolgd...)

Laatstgenoemde informatiebrochure bevat een uitgebreide uiteenzetting over het verloop van de geslachtsaanpassende behandeling. Zij beschrijft onder meer de risico's die verbonden zijn aan het toedienen van hormonen en de gekende contra-indicaties.³³² Bij de bespreking van de gevolgen van de hormonale behandeling benadrukt de brochure dat het gebruik van hormonen en de medische controle hiervan ook ná de lichamelijke geslachtsverandering noodzakelijk blijven. Wat de heelkundige ingrepen betreft, besteedt de informatiebrochure vooral aandacht aan de constructie van de *neofallus* bij vrouw-naar-man-transseksuelen en de littekenvorming die ingevolge de falloplastiek ontstaat.

Mijns inziens wordt in de informatiebrochure echter onvoldoende aangegeven dat de geslachtsaanpassende behandeling leidt tot de onomkeerbare onvruchtbaarheid van de patiënt, alsmede dat bij vrouw-naar-man-transseksuelen de *neofallus* in een aantal gevallen niet functioneel is.

323. Alvorens te starten met de toediening van hormonen, wordt de werking van de hormonale therapie, evenals de bijwerkingen en de risico's van deze preparaten nogmaals uitgebreid mondeling en schriftelijk toegelicht.³³³

De endocrinoloog dient daarbij de noodzaak van het levenslange gebruik van de hormonen uiteen te zetten en de patiënt te wijzen op de controle die daarop moet worden uitgeoefend.³³⁴

324. Tenslotte wordt de transseksueel tijdens de bespreking van de geslachtsaanpassende operatie door de plastisch chirurg uitvoerig ingelicht over de te volgen organisatorische en chirurgische procedures.

De mogelijke complicaties, alsmede de noodzakelijke preventieve (be)handelingen worden vermeld.³³⁵ De chirurg dient de transseksueel tevens uitdrukkelijk te wijzen op het irreversibele karakter van de geslachtsaanpassende operatie en met name van de onomkeerbare onvruchtbaarheid die er het gevolg van is.

29 p.

³³² Indien uit de medische voorgeschiedenis van de patiënt of het eerste lichamelijk onderzoek blijkt dat een van deze contra-indicaties zich bij de patiënt manifesteert, volgt hieromtrent wel nog een mondelinge informatie tijdens het eerste consult op de polikliniek andrologie.

³³³ Cf. Regel II.8 van de Gedragsregels voor artsen; zie ook H.J.J. LEENEN, *Handboek*, I, 165.

³³⁴ Cf. Arr.-Rb. Utrecht 25 juni 1997, *TvGR*. 1999, 191; H.J.J. LEENEN, *Handboek*, I, 165.

³³⁵ HET GENDER-TEAM VAN HET AZVU, *Behandelingsprotocol*, 29.

AFDELING 3. EXCURSUS : DE HORMONALE BEHANDELING EN HET RECHT OP FYSIEKE INTEGRITEIT

325. In het Nederlandse strafrecht wordt het toedienen van voor het leven of de gezondheid schadelijke stoffen niet als een afzonderlijk misdrijf³³⁶ gekwalificeerd. Artikel 304 3° Sr. beschouwt het toedienen van dergelijke stoffen wel als een bijzondere modaliteit van het misdrijf mishandeling die kan leiden tot verhoging van de straf met een derde.

326. De uitdrukking “voor het leven of de gezondheid schadelijke stof” wordt uitgelegd volgens de betekenis die aan deze woorden in het algemene taalgebruik wordt gehecht.³³⁷ Het toedienen van hormonen in het kader van de geslachtsaanpassende behandeling moet derhalve worden beschouwd als een mishandeling waarop de strafverzwarende omstandigheid van artikel 304 3° Sr. van toepassing is.

De gebruikte hormonale substanties hebben immers een aantal gekende schadelijke bijwerkingen, zoals trombose, longembolie en leverafwijkingen.

³³⁶ Het begrip “misdrijf” wordt hier gehanteerd in de betekenis die er in het Belgische recht wordt aan toegekend, met name “een menselijke gedraging die door de wet omschreven en waarop een straf is gesteld” (zie C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht*, I, 140.).

³³⁷ Amsterdam 18 december 1973, *N.J.* 1974, nr. 247; T.J. NOYON, G.E. LANGEMEIJER, J. REMMELINK, e.a., *Het wetboek van strafrecht*, III, Deventer, Gouda Quint, losbl., 980.

HOOFDSTUK IV.

DE GESLACHTSAANPASSENDE BEHANDELING NAAR DUITSE RECHT

AFDELING 1. HET RECHT OM OVER HET GESLACHT TE BESCHIKKEN ALS CONCRETISERING VAN HET RECHT OP VRIJE ONTPLOOIING VAN DE PERSOONLIJKHEID

§1. Het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid

327. Artikel 2 alinea 1 GG kent aan eenieder het recht toe op vrije ontplooiing van zijn persoonlijkheid.

Dit fundamentele recht kan worden ontleed in twee onderscheiden grondrechten.³³⁸ In een eerste beweging werd in de jurisprudentie van het *Bundesverfassungsgericht* op grond van artikel 2 alinea 1 GG de algemene handelingsvrijheid (*allgemeine Handlungsfreiheit*) als grondrecht ontwikkeld. Samen gelezen met artikel 1 alinea 1 GG, dat de onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid vooropstelt, vormt deze grondwettelijke bepaling tevens de grondslag van het door de rechtspraak gecreëerde algemene persoonlijkheidsrecht (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*).³³⁹

328. De algemene handelingsvrijheid beschermt het menselijke handelen op een allesomvattende, kwalitatief niet begrensde wijze.³⁴⁰

Dit algemene vrijheidsrecht fungeert als een *Generalklausel* die alle leemten opvult die door de bijzondere vrijheidsrechten worden opengelaten.³⁴¹ Het bekleedt derhalve een subsidiaire

³³⁸ H. BAUER, H. DREIER, R. GRÖSCHNER, G. HERMES, W. HEUN, G. LÜBBE-WOLF, M. MORLOK, I. PERNICE, H. SCHULZE-FIELITZ, R. STETTNER en J. WIELAND, *Grundgesetz. Kommentar*, I, Siebeck, Mohr, 1996, 170 en 172-174; H. JARRAS en B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, München, C.H. Beck, 1995, 53.

³³⁹ Zie o.m. BVerfG 5 juni 1973, *BVerfGE*, nr. 35, 202; BVerfG 3 juni 1980, *BVerfGE*, nr. 54, 148; BVerfG 8 februari 1983, *BVerfGE*, nr. 63, 131; BVerfG 15 december 1983, *BVerfGE*, nr. 65, 1; BVerfG 8 oktober 1984, *BVerfGE*, nr. 72, 155; BVerfG 31 januari 1989, *BVerfGE*, nr. 79, 256; BVerfG 26 april 1994, *BVerfGE*, nr. 90, 263; H. BAUER, H. DREIER, R. GRÖSCHNER, e.a., *Grundgesetz. Kommentar*, I, Siebeck, Mohr, 1996, 190-191; zie ook BGH 14 februari 1958, *BGHZ*, nr. 26, 349.

³⁴⁰ BVerfG 16 januari 1957, *BVerfGE*, nr. 6, 32; BVerfG 23 mei 1980, *BVerfGE*, nr. 54, 143; BVerfG 6 juni 1989, *BVerfGE*, nr. 80, 137; BVerfG 9 maart 1994, *BVerfGE*, nr. 90, 145; BVerfG 7 december 1994, *BVerfGE*, nr. 91, 335; H. BAUER, H. DREIER, R. GRÖSCHNER, e.a., *Grundgesetz. Kommentar*, I, Siebeck, Mohr, 1996, 174-178; cf. BVerfG 28 februari 1979, *BVerfGE*, nr. 50, 256; BVerfG 14 januari 1987, *BVerfGE*, nr. 74, 129; I. VON MÜNCH, *Grundgesetz-Kommentar*, I, München, C.H. Beck, 1981, 110.

positie ten opzichte van de andere in de Grondwet opgenomen vrijheidsrechten.³⁴² Slechts indien een bepaalde menselijke handeling niet binnen het beschermingsgebied van een bijzonder vrijheidsrecht valt, kan een beroep worden gedaan op de door artikel 2 alinea 1 GG gewaarborgde algemene handelingsvrijheid.

329. Het algemene persoonlijkheidsrecht wordt daarentegen door het *Bundesverfassungsgericht* opgevat als een onbenoemd vrijheidsrecht, dat bescherming biedt aan de persoonlijke levenssfeer in de enge zin van het woord en de instandhouding van de basisvoorwaarden ervan garandeert.³⁴³ Volgens het Duitse constitutionele Hof vervolledigt het algemene persoonlijkheidsrecht aldus de in de Duitse Grondwet opgenomen concrete vrijheidswaarborgen, die geen allesomvattende bescherming bieden aan de bestanddelen van de menselijke persoonlijkheid³⁴⁴ en met name tekort schieten in de bescherming tegen bedreigingen die kunnen uitgaan van nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen.³⁴⁵

De rechtsbescherming die door het algemene persoonlijkheidsrecht wordt geboden, strekt zich *ratione materiae* uit tot drie onderscheiden deelgebieden van de menselijke persoonlijkheid. In de eerste plaats worden de privé-sfeer (*Privatsphäre*) en de hoogstpersoonlijke aspecten van de menselijke persoonlijkheid (*Intimsphäre*³⁴⁶) beschermd. Het algemene persoonlijkheidsrecht garandeert in dit verband aan eenieder een begreemd gebied waarbinnen hijzelf - al dan niet samen met een beperkte kring van bijzondere vertrouwenspersonen - op autonome wijze zijn persoonlijke identiteit kan ontwikkelen, en dat wordt afgeschermd tegen mogelijke inbreuken door derden.³⁴⁷ Daarnaast heeft elk individu ook het recht om zelf te beslissen hoe hij zich tegenover derden en in het openbaar wil manifesteren, alsmede over de vraag of en in hoeverre derden elementen van zijn persoonlijkheid in de openbaarheid mogen

³⁴¹ H. JARRAS en B. PIEROTH, *o.c.*, 54; cf. H. BAUER, H. DREIER, R. GRÖSCHNER, e.a., *Grundgesetz. Kommentar*, I, Siebeck, Mohr, 1996, 175.

³⁴² BVerfG 16 januari 1957, *BVerfGE*, nr. 6, 32; BVerfG 20 juni 1984, *BVerfGE*, nr. 67, 157; BVerfG 9 januari 1991, *BVerfGE*, nr. 83, 182; H. BAUER, H. DREIER, R. GRÖSCHNER, e.a., *Grundgesetz. Kommentar*, I, Siebeck, Mohr, 1996, 175; H. JARRAS en B. PIEROTH, *o.c.*, 54.

³⁴³ BVerfG 3 juni 1980, *BVerfGE*, nr. 54, 148; BVerfG 8 oktober 1984, *BVerfGE*, nr. 72, 155; H. JARRAS en B. PIEROTH, *o.c.*, 64-65; I. VON MÜNCH, *Grundgesetz-Kommentar*, I, München, C.H. Beck, 1981, 116.

³⁴⁴ BVerfG 3 juni 1980, *BVerfGE*, nr. 54, 148; BVerfG 8 oktober 1984, *BVerfGE*, nr. 72, 155; BVerfG 31 januari 1989, *BVerfGE*, nr. 79, 256.

³⁴⁵ BVerfG 3 juni 1980, *BVerfGE*, nr. 54, 148; BVerfG 15 december 1983, *BVerfGE*, nr. 65, 1; BVerfG 31 januari 1989, *BVerfGE*, nr. 79, 256.

³⁴⁶ I. VON MÜNCH, *Grundgesetz-Kommentar*, I, München, C.H. Beck, 1981, 81.

³⁴⁷ H. BAUER, H. DREIER, R. GRÖSCHNER, e.a., *Grundgesetz. Kommentar*, I, Siebeck, Mohr, 1996, 191-192; H. JARRAS en B. PIEROTH, *o.c.*, 65; cf. BVerfG 5 juni 1973, *BVerfGE*, nr. 35, 202; BVerfG 31 januari 1989, *BVerfGE*, nr. 79, 256; BVerfG 26 april 1994, *BVerfGE*, nr. 90, 255.

brengen.³⁴⁸ Dit aspect van de persoonlijkheid (de “sociale identiteit”) maakt het voorwerp uit van de zogenaamde individuele sfeer (*Individualsphäre*).

330. Het onderscheid tussen de algemene handelingsvrijheid en het algemene persoonlijkheidsrecht situeert zich vooral op vlak van de geboden waarborgen.³⁴⁹ De algemene handelingsvrijheid beschermt de vrije beslissing van het individu over zijn eigen doen en laten en biedt het individu derhalve de mogelijkheid om op actieve wijze zijn persoonlijkheid te ontwikkelen (*Activitätsschutz*), terwijl het algemene persoonlijkheidsrecht de persoonlijke identiteit beschermt en het individu behoedt tegen inbreuken op de persoonlijke integriteit (*Integritätsschutz*).

§2. Het beperkte recht om over het geslacht te beschikken

331. Het recht om over de eigen geslachtskenmerken te beschikken, wordt impliciet erkend in een arrest van het *Bundesgerichtshof* van 21 september 1971³⁵⁰, alsmede in een arrest van het *Bundesverfassungsgericht* van 11 oktober 1978.³⁵¹ Hoewel geen van beide rechtscolleges over de toelaatbaarheid van de geslachtsaanpassende ingreep zelf diende te oordelen, heeft zowel het *Bundesgerichtshof* als het *Bundesverfassungsgericht* de lichamelijke geslachtstransformatie getoetst aan de *Sittengesetz*.

De *Sittengesetz* is een van de in artikel 2 alinea 1 GG opgenomen beperkingsgronden van het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid en kan worden omschreven als het geheel van in de rechtsgemeenschap algemeen erkende ethische waarden.³⁵² Noch het *Bundesgerichtshof*, noch het Duitse grondwettelijke hof achtten de door een transseksueel geuite wens tot heelkundige aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken in strijd met de *Sittengesetz*. Transseksuelen willen hun lichaam immers niet op een ongeoorloofde wijze manipuleren. Niet de seksualiteit, maar het streven om de lichamelijke geslachtskenmerken in overeenstemming te brengen met psychisch beleefde sekse, staat bij hen centraal. In die zin vormt de geslachtsaanpassende behandeling volgens beide rechtsinstanties de enige

³⁴⁸ BVerfG 8 februari 1983, *BVerfGE*, nr. 63, 131; BVerfG 15 december 1983, *BVerfGE*, nr. 65, 1; H. BAUER, H. DREIER, R. GRÖSCHNER, e.a., *Grundgesetz. Kommentar*, I, Siebeck, Mohr, 1996, 192-193; H. JARRAS en B. PIEROTH, o.c., 65.

³⁴⁹ Zie H. BAUER, H. DREIER, R. GRÖSCHNER, e.a., *Grundgesetz. Kommentar*, I, Siebeck, Mohr, 1996, 172-173.

³⁵⁰ BGH 21 september 1971, *StAZ* 1972, 137 en *NJW* 1972, 330, noot A. ERBERLE.

³⁵¹ BVerfG 11 oktober 1978, *StAZ* 1979, 9; cf. BVerfG 16 maart 1982, *StAZ* 1982, 170, noot M.S. AUGSTEIN.

³⁵² BVerfG 10 mei 1957, *BVerfGE*, nr. 6, 389; zie I. VON MÜNCH, *Grundgesetz-Kommentar*, I, München, C.H. Beck, 1981, 121-123.

therapeutisch zinvolle respons op het fundamentele lichamelijke en psychische lijden waarmee transseksuelen worden geconfronteerd en de enige mogelijkheid om het gevaar van automutilatie en zelfmoord af te wenden.³⁵³

Uit deze stellingname moet worden afgeleid dat beide rechtscolleges aanvaarden dat uit het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid ook een recht op wijziging van de lichamelijke geslachtskenmerken voortvloeit. Dit geldt in het bijzonder voor het *Bundesverfassungsgericht* dat zich precies in het kader van artikel 1 alinea 1 j° 2 alinea 1 GG over de lichamelijke geslachtsverandering heeft uitgesproken. De motivering van de arresten geeft echter meteen ook de grenzen aan van de mogelijkheid om te beschikken over de lichamelijke bestanddelen van de eigen gender. Dergelijke verregaande vorm van zelfbeschikking is slechts geoorloofd in de mate waarin een heelkundige geslachtswijziging medisch geïndiceerd is.³⁵⁴

332. Binnen deze grens verhindert geen van de in artikel 2 alinea 1 GG genoemde beperkingsgronden van het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid dat een transseksueel beslist een geslachtsaanpassende behandeling te ondergaan. Naast de *Sittengesetz* kunnen immers alleen de *verfassungsmäßige Ordnung*, die alle normen omvat die materieel en formeel in overeenstemming zijn met de Duitse Grondwet³⁵⁵, en de subjectieve rechten van andere personen een inbreuk op het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid rechtvaardigen.

Het Duitse recht kent evenwel geen specifieke regeling aangaande de toelaatbaarheid van geslachtsoperaties, zodat dergelijke ingrepen alleen moeten voldoen aan de algemene regels die voor elke medische ingreep gelden. Uit deze regels vloeit echter als dusdanig geen verbod voort op het uitvoeren van geslachtsoperaties.³⁵⁶ De subjectieve rechten van derden houden evenmin een beperking van de mogelijkheid die een transseksueel heeft om een geslachtsaanpassende operatie te ondergaan, vermits zij in de praktijk geen zelfstandige

³⁵³ Zie ook AG Flensburg 31 augustus 1979, *StAZ* 1980, 246.

³⁵⁴ A. ERBERLE, noot onder BGH 21 september 1971, *NJW* 1972, 331.

³⁵⁵ BVerfG 16 januari 1957, *BVerfGE*, nr. 6, 32; BVerfG 28 februari 1979, *BVerfGE*, nr. 50, 256; BVerfG 23 mei 1980, *BVerfGE*, nr. 54, 143; BVerfG 5 november 1980, *NJW* 1981, 673; BVerfG 27 januari 1983, *BVerfGE*, nr. 63, 88; BVerfG 6 juni 1989, *BVerfGE*, nr. 80, 137; BVerfG 7 december 1994, *BVerfGE*, nr. 91, 335; zie BVerfG 14 januari 1987, *BVerfGE*, nr. 74, 129; I. VON MÜNCH, *Grundgesetz-Kommentar*, I, München, C.H. Beck, 1981, 119-121.

³⁵⁶ Zie *infra*, nrs. 338-382.

betekenis meer hebben als beperkingsgrond.³⁵⁷ Een inbreuk op de grondrechten van artikel 2 alinea 1 GG is immers slechts gerechtvaardigd door de subjectieve rechten van anderen in de mate waarin deze rechten worden beschermd door een normatieve bepaling die de inbreuk op de grondrechten toelaat. Derhalve gaan de rechten van derden als rechtvaardigingsgrond op in de *verfassungsmäßige Ordnung*.³⁵⁸

333. Uit de aangehaalde arresten blijkt niet duidelijk of het beperkte recht om over de lichamelijke geslachtskenmerken te beschikken aansluit bij het algemeen persoonlijkheidsrecht, dan wel bij de algemene handelingsvrijheid.

Op grond van het arrest van 11 oktober 1978 kan worden geargumenteed dat de geslachtsidentiteit behoort tot de hoogstpersoonlijke bestanddelen van de persoonlijkheid (*Intimspäre*). Bijgevolg zou volgens sommige auteurs het recht om over het lichamelijke geslacht te beschikken zijn grondslag vinden in het algemeen persoonlijkheidsrecht.³⁵⁹ Nochtans mag men niet uit het oog verliezen dat de transseksueel bij het nemen van de beslissing om een geslachtsaanpassende behandeling te ondergaan, op actieve wijze beschikt over een bestanddeel van zijn persoonlijkheid. Een verbod op het uitvoeren van een geslachtsoperatie zou derhalve *de facto* een negatie inhouden van de mogelijkheid om een vrije beslissing te nemen met betrekking tot een specifieke menselijke handeling, met name het ondergaan van deze medische behandeling. Derhalve lijkt het beperkte recht om te beschikken over de fysieke gender mijns inziens eerder voort te vloeien uit de algemene handelingsvrijheid.³⁶⁰

334. De Duitse wetgever heeft de rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* en het *Bundesverfassungsgericht* impliciet bevestigd.

Aangezien de *Transsexuellengesetz* het voorafgaandelijk ondergaan van een geslachtsaanpassende operatieve ingreep voorschrijft als een grondvoorwaarde voor de vordering tot vaststelling dat de transseksueel behoort tot de andere kunne dan diegene die hem op het ogenblik van de geboorte werd toegekend (§ 8 al. 1 nr. 4 TSG), mag men er

³⁵⁷ H. BAUER, H. DREIER, R. GRÖSCHNER, e.a., *Grundgesetz. Kommentar*, I, Siebeck, Mohr, 1996, 183; H. JARRAS en B. PIEROTH, o.c., 59; cf. BVerfG 31 januari 1989, BVerfGE, nr. 79, 256; I. VON MÜNCH, *Grundgesetz-Kommentar*, I, München, C.H. Beck, 1981, 118-119.

³⁵⁸ Cf. BVerfG 6 juni 1989, BVerfGE, nr. 80, 137; zie H. BAUER, H. DREIER, R. GRÖSCHNER, e.a., *Grundgesetz. Kommentar*, I, Siebeck, Mohr, 1996, 183-186.

³⁵⁹ H. JARRAS en B. PIEROTH, o.c., 66-67.

³⁶⁰ H. BAUER, H. DREIER, R. GRÖSCHNER, e.a., *Grundgesetz. Kommentar*, I, Siebeck, Mohr, 1996, 175-176.

immers van uitgaan dat de Duitse wetgever eveneens de mening is toegedaan dat het ondergaan van de geslachtsoperatie in beginsel toelaatbaar is.³⁶¹

AFDELING 2. DE GESLACHTSAANPASSENDE OPERATIES EN HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN DE FYSIEKE INTEGRITEIT

§1. Inleiding

335. Tijdens de voorbereiding van het wetsontwerp dat heeft geleid tot de *Transsexuellengesetz*, werd de mogelijkheid overwogen om de voorafgaande goedkeuring van de geslachtsaanpassende behandeling in de Duitse wetgeving op te nemen als een bijkomende grondvoorwaarde voor de gerechtelijke beslissing over de wijziging van geslachtstoebehoren van een post-operatieve transseksueel.³⁶²

De Duitse regering heeft hier uiteindelijk van afgezien, vermits een dergelijke regeling volgens haar alleen kon worden ingevoerd door een wijziging van de strafwet, hetgeen niet beantwoordde aan de opzet van het wetsontwerp. Een ander bezwaar tegen een verplichte voorafgaande goedkeuringsprocedure was volgens de indieners van het wetsontwerp dat een overgangsregeling moest worden uitgewerkt voor de geslachtsoperaties die uitgevoerd zouden zijn vóór het in werking treden van de wet.

336. Ook ná de inwerkingtreding van de *Transsexuellengesetz* heeft de Duitse wetgever geen enkel wetgevend initiatief ondernomen om de geslachtsaanpassende behandeling te onderwerpen aan specifieke grond- of vormvoorwaarden.

337. Bijgevolg dient te worden nagegaan of en in welke mate de operatieve aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken voldoet aan de algemene vereisten die aan elke medische ingreep worden gesteld.

³⁶¹ I. VON MÜNCH, *Grundgesetz-Kommentar*, I, München, C.H. Beck, 1981, 87.

³⁶² Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (*Transsexuellengesetz* - TSG), *Drucksache* Bundestag 1979, nr. 8/2947.

§2. Voorwaarden

A. Algemeen

338. Het uitvoeren van een heilkundige ingreep veronderstelt noodzakelijkerwijze een aantasting van de fysieke integriteit van de patiënt. De vraag rijst of dit chirurgische ingrijpen in de menselijke lichamelijkeheid kan worden gekwalificeerd als het toebrengen van lichamelijk letsel (*Körperverletzung*), dat door § 223 e.v. StGB strafbaar wordt gesteld.

339. Een meerderheidsopvatting in de Duitse doctrine is van oordeel dat medische handelingen die beogen om hetzij de gezondheidstoestand van de patiënt te verbeteren, hetzij een verslechtering van diens gezondheidstoestand te vermijden, bezwaarlijk kunnen worden beschouwd als het toebrengen van lichamelijk letsel.³⁶³

De heilkundige ingreep mag in deze visie niet worden gereduceerd tot een reeks op zichzelf staande handelingen, zoals het opensnijden van het lichaam en het wegnemen van een orgaan, die elk afzonderlijk kunnen worden aangemerkt als het toebrengen van lichamelijk letsel.³⁶⁴ Deze handelingen moeten integendeel als een samenhangend geheel worden beoordeeld in het licht van de finaliteit waarmee zij worden gesteld. Centraal staat met andere woorden het therapeutische doel dat door de chirurg wordt vooropgesteld wanneer hij een operatie uitvoert. Ingevolge het geneeskundige karakter van de ingreep (*Heileingriff*) is er noch sprake van een lichamelijke mishandeling, noch van een aantasting van de gezondheid, vermits juist de verbetering of de stabilisatie van de gezondheidstoestand wordt beoogd.

340. Derhalve voldoet de therapeutisch verantwoorde operatieve ingreep niet aan de wettelijke omschrijving van het misdrijf *Körperverletzung*³⁶⁵, zodat men ook niet toekomt aan het zoeken van een rechtvaardigingsgrond in de toestemming van de patiënt.³⁶⁶

Dit betekent nochtans niet dat de arts zonder toestemming van de patiënt mag overgaan tot een heilkundige ingreep. Een eigenmachtig optreden van de chirurg wordt volgens de

³⁶³ P. BOCKELMANN, 'Operative Eingriff und Einwilligung des Verletzten', *JZ* 1962, 526-528; H.J. HIRSCH, 'Vor § 223', in H.-H. JESCHECK, W. RUB en G. WILLMS (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin, Walter de Gruyter, 1989, nr. 1; K. LACKNER, *Strafgesetzbuch mit erläuterungen*, München, C.H. Beck, 919-920; H. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, Verlag C.H. Beck, 1997, 1160.

³⁶⁴ P. BOCKELMANN, *l.c.*, 527; H.J. HIRSCH, 'Vor § 223', *l.c.*, nrs. 1 en 3.

³⁶⁵ H.J. HIRSCH, 'Vor § 223', *l.c.*, nrs. 1 en 3.

³⁶⁶ H.J. HIRSCH, '§ 226a', in H.-H. JESCHECK, W. RUB en G. WILLMS (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin, Walter de Gruyter, 1989, nr. 14.

heersende rechtsleer gesanctioneerd als een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, maar niet als een inbreuk op diens lichamelijke integriteit.

341. Ondanks de afwijkende mening van de meerderheid der auteurs, blijft de Duitse rechtspraak echter van oordeel dat elke medische ingreep beantwoordt aan de delictsomschrijving van het misdrijf *Körperverletzung*, zelfs indien de behandeling *lege artis* en met een voor de patiënt gunstig gevolg is uitgevoerd.³⁶⁷ Onder het begrip “toebrengen van lichamelijk letsel” verstaat de Duitse rechtspraak immers elke handeling die rechtstreeks en fysiek op het menselijke organisme inwerkt.³⁶⁸

Bijgevolg vereist het uitvoeren van een medische ingreep een bijzondere rechtvaardigingsgrond waardoor de wederrechtelijkheid van de behandeling wordt opgeheven. § 226a StGB biedt daartoe een wettelijk aanknopingspunt. Overeenkomstig deze bepaling vervalt immers de wederrechtelijkheid van het toebrengen van lichamelijk letsel indien de dader handelt met de toestemming van het slachtoffer, tenzij zijn handelen ondanks de gegeven toestemming in strijd is met de goede zeden. Een heelkundige ingreep wordt bijgevolg gerechtvaardigd door de voorafgaande toestemming van de patiënt.³⁶⁹

342. Naast de strafrechtelijke sanctionering van een eigenmachtig heelkundig ingrijpen speelt ook het civiele recht een belangrijke rol bij het invullen van de verplichtingen van de chirurg. Ook op civielrechtelijk vlak wordt een operatieve ingreep in de menselijke integriteit beschouwd als een onrechtmatige handeling (§ 823 BGB), die een bijzondere rechtvaardiging vindt in de toestemming van de patiënt.³⁷⁰ Aangezien de uitwerking van de toestemmingsvereiste in burgerlijke zaken op gelijkaardige wijze geschiedt als in strafzaken, wordt in de hierna volgende analyse zowel de rechtspraak in burgerlijke als in strafzaken betrokken.

³⁶⁷ BGH 28 juni 1963, *JZ* 1964, 231, noot E. SCHMIDT; BGH 29 juni 1995, *MedR* 1996, 22; HansOLG 19 november 1974, *NJW* 1975, 603; O. TEMPEL, ‘Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchststrichterlichen Rechtsprechung’, *NJW* 1980, 609; zie P. BOCKELMANN, *l.c.*, 525; H.J. HIRSCH, ‘Vor § 223’, *l.c.*, nr. 3; H. TRÖNDLE, *o.c.*, 1158-1160.

³⁶⁸ H.J. HIRSCH, ‘Vor § 223’, *l.c.*, nr. 3; zie ook K. LACKNER, *o.c.*, 918.

³⁶⁹ BGH 28 juni 1963, *JZ* 1964, 231, noot E. SCHMIDT; BGH 29 juni 1995, *MedR* 1996, 22; HansOLG 19 november 1974, *NJW* 1975, 603; P. BOCKELMANN, *l.c.*, 525; E. DEUTSCH, *Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktenrecht*, Berlin, Springer, 1999, nr. 293; H.J. HIRSCH, ‘Vor § 223’, *l.c.*, nr. 3; O. TEMPEL, *l.c.*, 609; H. TRÖNDLE, *o.c.*, 1159.

³⁷⁰ K. REBMANN, F.J. SÄCKER, en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch* (hierna verkort geciteerd : *Münchener Kommentar*), V, München, Verlag C.H. Beck, 1997, 1587; O. TEMPEL, *l.c.*, 609; zie bv. BGH 16 november 1971, *NJW* 1972, 335.

343. De verhouding tussen de arts en de patiënt wordt civielrechtelijk eveneens beheerst door de regels van het contractenrecht. Derhalve kan de arts mogelijk ook *ex contractu* worden aangesproken door de patiënt.³⁷¹

B. De toestemming van de patiënt

1. De toestemming als rechtvaardigingsgrond van het medische handelen

a) Grondslag en betekenis van de toestemmingsvereiste

344. De vereiste dat een medische ingreep slechts mag worden uitgevoerd mits voorafgaande toestemming van de patiënt, vindt zijn grondslag in de artikelen 1 en 2 GG die zowel het recht op zelfbeschikking als het recht op fysieke integriteit waarborgen.³⁷² Hieruit vloeit voort dat elk individu in beginsel vrij beslist over zichzelf en zijn lichaam, wat onder meer inhoudt dat het individu vrij kan beslissen al dan niet een therapeutische ingreep toe te staan.³⁷³ Aan deze grondwettelijke bescherming van lichaam, gezondheid en vrijheid wordt *in concreto* vorm gegeven door het strafrechtelijk en civielrechtelijk sanctioneren van medische handelingen die door de geneesheer eigenmachtig worden uitgevoerd.

De toestemming van de patiënt bekleedt in dit stelsel van rechtsbescherming een centrale positie. Op grond van § 226a StGB geldt zij immers als autonome rechtvaardigingsgrond voor het lichamelijk letsel dat de geneesheer door de medische handeling toebrengt aan zijn patiënt, in zoverre deze handeling ondanks de gegeven toestemming op zich niet in strijd is met de goede zeden (§ 226a *in fine* StGB).³⁷⁴ De toestemming van de patiënt vormt aldus naar Duits recht de basis van de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer. Bovendien ontnemt de

³⁷¹ Zie over de mogelijke samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid o.m. A. Laufs, *o.c.*, nr. 467; K. REBMANN, F.J. SÄCKER, en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar*, V, 1585-1586.

³⁷² BGH 9 december 1958, *BGHZ*, nr. 29, 46; BGH 28 juni 1963, *JZ* 1964, 231, noot E. SCHMIDT; BGH 29 juni 1976, *BGHZ* nr. 67, 48; BGH 14 februari 1989, *BGHZ* nr. 106, 391; E. DEUTSCH, 'Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten', *l.c.*, 1905; E. DEUTSCH, *o.c.*, nr. 103; cf. BVerfG 25 juli 1979, *BVerfGE*, nr. 52, 131; BGH 16 januari 1959, *BGHZ*, nr. 29, 176; zie ook H. JARASS en B. PIEROTH, *o.c.*, 74-76.

³⁷³ E. DEUTSCH, *o.c.*, nr. 13; cf. BGH 16 januari 1959, *BGHZ*, nr. 29, 176.

³⁷⁴ Over de beperkende werking van de goede zeden, zie H.J. HIRSCH, 'Vor § 223', *l.c.*, nrs. 5-11; A. MÜLLER-EMMERT en H.-D. HIERSCHE, 'Medizinisch-juristische Aspekte der Geschlechtsumwandlung', *Gynäkologe* 1976, 97.

gegeven toestemming ook op civielrechtelijk vlak het onrechtmatig karakter aan de inbreuk op de lichamelijke integriteit van de patiënt.³⁷⁵

345. Als verregaande inbreuk op de lichamelijke integriteit, vereist de heelkundige aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken derhalve steeds de toestemming van de transseksueel.

Door de toestemming vervalt de wederrechtelijkheid van de geslachtsoperatie. De in § 226a StGB opgenomen uitzondering op de rechtvaardigende werking van de toestemming vindt *in casu* geen toepassing. De geslachtsaanpassende operatie wordt immers uitgevoerd om het psychische lijden te verminderen dat de transseksueel ondervindt ingevolge de discrepantie tussen zijn lichamelijke geslachtskenmerken en de subjectieve geslachtsbeleving. Deze ingreep beoogt met andere woorden het psychosociale welbevinden van de transseksueel, zodat hij niet strijdig is met de goede zeden.³⁷⁶ Uit de hoger³⁷⁷ reeds besproken arresten van het *Bundesverfassungsgericht* en het *Bundesgerichtshof*, evenals uit § 8 TSG blijkt dat zowel de hoogste Duitse rechtsinstanties als de Duitse wetgever dit standpunt delen.

346. Voor de geldigheid van de gegeven toestemming is geenszins vereist dat de patiënt juridisch handelingsbekwaam is.³⁷⁸ Door toe te stemmen in het ondergaan van de geneeskundige behandeling komt immers geen overeenkomst tot stand³⁷⁹, maar geeft de patiënt uitsluitend een machtiging aan de geneesheer om een medische handeling te stellen die een inbreuk uitmaakt op de fysieke integriteit.³⁸⁰ Bijgevolg volstaat het voor de rechtsgeldigheid van de gegeven toestemming dat de patiënt voldoende verstandelijk inzicht heeft in de aard en de draagwijdte van de behandeling en dat hij in staat is om de eventuele

³⁷⁵ BGH 9 december 1958, *BGHZ*, nr. 29, 46; BGH 16 januari 1959, *BGHZ*, nr. 29, 176; BGH 16 november 1971, *NJW* 1972, 335; zie ook § 8 MBO-Ä 1997.

³⁷⁶ AG Flensburg 31 augustus 1979, *StAZ* 1980, 246; A. MÜLLER-EMMERT en H.-D. HIERSCH, *l.c.*, 97-98; A. SCHNEIDER *Rechtsprobleme der Transsexualität - unter besonderer Berücksichtigung personenstandsrechtlicher und eherechtlicher Probleme (de lege lata und de lege ferenda)*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1977, 34-36.

³⁷⁷ *Supra*, nrs. 331-334.

³⁷⁸ BGH 16 november 1971, *NJW* 1972, 335; P. BOCKELMANN, *l.c.*, 526; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 16; A. LAUFS, *Arztrecht*, München, C.H. Beck, 1993, nr. 222; cf. E. DEUTSCH, *o.c.*, nr. 444.

³⁷⁹ BGH 5 december 1958, *BGHZ*, nr. 29, 33; BGH 16 november 1971, *NJW* 1972, 335; P. BOCKELMANN, *l.c.*, 526; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 3.

³⁸⁰ BGH 5 december 1958, *BGHZ*, nr. 29, 33; E. DEUTSCH, *o.c.*, nrs. 105 en 444; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nrs. 3 en 16.

gevaaren ervan in te schatten.³⁸¹ In de mate waarin zij feitelijk bekwaam zijn om een weloverwogen beslissing te nemen omtrent een bepaalde medische behandeling, kunnen minderjarigen³⁸² of geestesgestoorden³⁸³ dan ook een rechtsgeldige toelating geven tot het uitvoeren ervan.

347. Omwille van de psychische stoornis voldoet laatstgenoemde categorie van personen evenwel in de regel niet aan de criteria die wetenschappelijk en deontologisch worden vooropgesteld voor het ondergaan van een geslachtsoperatie, zodat zij verder buiten beschouwing kunnen blijven. Hetzelfde geldt voor minderjarigen onder de 14 jaren oud.

348. Voor minderjarigen van meer dan 14 jaren oud geldt daarentegen als algemene regel dat de arts per geval dient te beoordelen of de jongere, gelet op de ontwikkeling van diens persoonlijkheid enerzijds en de aard en draagwijdte van de voorgenomen behandeling anderzijds, in staat is om op een rationele wijze te beslissen over het ondergaan van die behandeling.³⁸⁴ Aangezien de heelkundige aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken een zeer ingrijpende en onomkeerbare operatie is, kan mijns inziens slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden worden aanvaard dat de minderjarige daartoe een voldoende feitelijke bekwaamheid bezit.³⁸⁵ In de overige gevallen zou de arts dan de toelating van de wettelijke vertegenwoordigers van de minderjarige moeten bekomen³⁸⁶, wat dan weer moeilijk verenigbaar is met het hoogstpersoonlijke karakter van de ingreep.³⁸⁷

Bovendien bestaat er een ander, meer fundamenteel beletsel voor het uitvoeren van een geslachtsoperatie. § 1631c BGB bepaalt immers dat noch de minderjarige zelf, noch diens ouders kunnen toestemmen in de uitvoering van een sterilisatie. Aangezien de geslachtsaanpassende operatie mede een sterilisatie inhoudt, sluit dit algemene verbod tot sterilisatie van minderjarigen uit dat de lichamelijke geslachtskenmerken tijdens de minderjarigheid heelkundig worden gewijzigd. *Stricto sensu* verbiedt § 1631c BGB zelfs het

³⁸¹ BGH 5 december 1958, *BGHZ*, nr. 29, 33; BGH 16 november 1971, *NJW* 1972, 335; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 16; cf. P. BOCKELMANN, *l.c.*, 526; A. LAUFS, *o.c.*, nr. 222; zie ook BGH 22 februari 1978, *NJW* 1978, 1206.

³⁸² BGH 5 december 1958, *BGHZ*, nr. 29, 33.

³⁸³ Cf. BGH 9 december 1958, *BGHZ*, nr. 29, 46.

³⁸⁴ E. DEUTSCH, *o.c.*, nr. 105; A. LAUFS, *o.c.*, nr. 222; K. REBMANN, F.J. SÄCKER, en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar*, V, 1627; cf. BGH 5 december 1958, *BGHZ*, nr. 29, 33; O. TEMPEL, *l.c.*, 614.

³⁸⁵ Cf. BGH 16 november 1971, *NJW* 1972, 335.

³⁸⁶ H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 17.

³⁸⁷ Cf. E. DEUTSCH, *o.c.*, nrs. 444-445.

opstarten van een hormonale behandeling, vermits ook het toedienen van hormonen leidt tot een weliswaar reversibele chemische sterilisatie.³⁸⁸

b) *Vorm*

349. Het geven van de toestemming om een heelkundige ingreep te ondergaan, is niet aan een bijzondere vormvereiste onderworpen. De toestemming kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend worden verleend.³⁸⁹ Een louter passieve houding van de patiënt ten aanzien van de voorgenomen behandeling volstaat evenwel niet.³⁹⁰ De stilzwijgende toelating tot het uitvoeren van een medische behandeling mag slechts worden aanvaard indien uit de concrete omstandigheden van de zaak en het ganse handelen van de patiënt genoegzaam blijkt dat de patiënt daadwerkelijk zijn akkoord heeft betuigd met de ingreep.³⁹¹

350. Zowel een schriftelijke als een mondelinge toestemming zijn rechtsgeldig.³⁹² De geschreven toestemmingsverklaring, waarin ook een aantal risico's worden opgenomen, heeft naar Duits recht dan ook uitsluitend een bewijsrechtelijke functie.³⁹³

De bewijskracht van dergelijke formulieren hangt af van de mate waarin zij door de arts worden geïndividualiseerd.³⁹⁴ Zelfs formulieren die speciaal ontwikkeld zijn voor gespecialiseerde ingrepen als de geslachtsaanpassende behandeling moeten door de arts worden aangevuld met de specifieke gegevens van de individuele patiënt.³⁹⁵

³⁸⁸ Zie *supra*, nr. 51.

³⁸⁹ E. DEUTSCH, *o.c.*, nrs. 106 en 139; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 3.

³⁹⁰ H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 15.

³⁹¹ BGH 28 juni 1963, *JZ.* 1964, 231, noot E. SCHMIDT; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 15.

³⁹² BGH 29 juni 1976, *BGHZ* nr. 67, 48.

³⁹³ E. DEUTSCH, *o.c.*, nrs. 139 en 142.

³⁹⁴ Cf. E. DEUTSCH, *o.c.*, nrs. 143-144.; H. TRÖNDLE, *o.c.*, 1165.

³⁹⁵ A. LAUFS, *o.c.*, nr. 180.

2. De plicht van de arts tot het verstrekken van informatie

a) De grondslag van de informatieverplichting : *Selbstbestimmungsaufklärung* versus *therapeutische Aufklärung*

351. De informatieverplichting van de arts hangt onlosmakelijk samen met de toestemmingsvereiste. Als bescherming van het zelfbeschikkingsrecht *casu quo* het recht op fysieke integriteit heeft de toestemming slechts waarde indien de patiënt weet waarin hij toestemt, hetgeen impliceert dat de behandelende geneesheer gehouden is om de patiënt voorafgaand aan het uitvoeren van de medische ingreep voldoende te informeren over de voorgestelde behandelingsmethode.³⁹⁶

De verstrekte informatie moet de patiënt in staat stellen om een afweging te maken tussen de argumenten *pro* en *contra* de medische ingreep.³⁹⁷ Op basis van deze afweging beslist de patiënt dan of hij de door de arts voorgestelde inbreuk op zijn fysieke integriteit al dan niet toelaat.³⁹⁸ De draagwijdte van zijn toestemming reikt dan ook niet verder dan de voorafgaande informatie over de behandeling.³⁹⁹ Dit aspect van de informatieplicht wordt *Selbstbestimmungsaufklärung* genoemd en vindt zijn grondslag in artikel 2 GG.⁴⁰⁰⁻⁴⁰¹

³⁹⁶ BGH 9 december 1958, *BGHZ*, nr. 29, 46; BGH 16 januari 1959, *BGHZ*, nr. 29, 176; BGH 28 juni 1963, *JZ* 1964, 231, noot E. SCHMIDT; BGH 12 februari 1974, *NJW* 1974, 1422; BGH 22 januari 1980, *NJW* 1980, 1333; BGH 14 februari 1989, *BGHZ* nr. 106, 391; BGH 29 juni 1995, *MedR* 1996, 22; HansOLG 19 november 1974, *NJW* 1975, 603; E. DEUTSCH, *o.c.*, nrs. 100 en 111; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 19; C.C.M. NADORP-VAN DER BORG, 'Het recht van de patiënt op informatie in het Duitse civiele recht. Een voorbeeld?', *TvGR* 1995, 4; K. REBMANN, F.J. SÄCKER, en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar*, V, 1613; O. TEMPEL, *l.c.*, 309; H. TRÖNDLE, *o.c.*, 1162; cf. BGH 5 december 1958, *BGHZ*, nr. 29, 33; zie ook M. HIRSCH, E. NIEBLER en H. STEINBERGER, *Abweichende Meinung* bij BVerfG 25 juli 1979, *BVerfGE*, nr. 52, 175-186.

³⁹⁷ BGH 9 december 1958, *BGHZ*, nr. 29, 46; BGH 22 juni 1971, *NJW* 1971, 1887; OLG Oldenburg 1 oktober 1996, *VersR* 1997, 1493; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 20; cf. BGH 28 juni 1963, *JZ* 1964, 231, noot E. SCHMIDT.

³⁹⁸ M. HIRSCH, E. NIEBLER en H. STEINBERGER, *Abweichende Meinung* bij BVerfG 25 juli 1979, *BVerfGE*, nr. 52, 176.

³⁹⁹ E. DEUTSCH, *o.c.*, nr. 100; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 31; cf. A. LAUFS, *o.c.*, nr. 169.

⁴⁰⁰ O. TEMPEL, *l.c.*, 610; BVerfG 25 juli 1979, *BVerfGE*, nr. 52, 131; BGH 9 december 1958, *BGHZ*, nr. 29, 46; K. REBMANN, F.J. SÄCKER, en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar*, V, 1613; H. TRÖNDLE, *o.c.*, 1162; zie ook M. HIRSCH, E. NIEBLER en H. STEINBERGER, *Abweichende Meinung* bij BVerfG 25 juli 1979, *BVerfGE*, nr. 52, 175-186; H. JARASS en B. PIEROTH, *o.c.*, 74-76; C.C.M. NADORP-VAN DER BORG, *l.c.*, 4.

⁴⁰¹ Ook deontologisch rust op de arts om zijn patiënt te in te lichten over de noodzaak, de aard en de draagwijdte van de voorgestelde behandeling, ten einde de patiënt toe te laten met kennis van zaken een beslissing te nemen omtrent het al dan niet ondergaan van de voorgestelde behandeling (§ 8 MBO-Ä 1997). Zie hieromtrent R. RATZEL en H.-D. LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, Berlin, Springer, 1998, 56.

352. De *Selbstbestimmungsaufklärung* moet duidelijk worden onderscheiden van de zogenaamde *therapeutische Aufklärung* of *Sicherungsaufklärung*, die niet is gericht op het geven van toestemming tot een medische ingreep.⁴⁰² Deze informatieplicht gebiedt de arts om de patiënt volledig en tijdig in te lichten, in zoverre dit uit therapeutische overwegingen aangewezen of noodzakelijk is.⁴⁰³ De gegeven informatie dient ter voorbereiding en ondersteuning van medisch noodzakelijke handelingen.⁴⁰⁴ Zo is de geneesheer onder meer verplicht om zijn patiënt te informeren over de wenselijkheid van een te volgen dieet, de noodzaak om bepaalde diagnostische of therapeutische ingrepen te ondergaan en mogelijke nevenwerkingen van medicijnen.⁴⁰⁵

De plicht tot het geven van *therapeutische Aufklärung* vindt zijn grondslag in de tussen de arts en de patiënt gesloten behandelingsovereenkomst.⁴⁰⁶ Een tekortkoming aan deze verplichting maakt dan ook een behandelingsfout uit.⁴⁰⁷

b) *Omvang van de Selbstbestimmungsaufklärung*

353. Tot de informatie die de patiënt nodig heeft om zijn zelfbeschikkingsrecht uit te kunnen oefenen, worden doorgaans de gegevens over de diagnose (*Diagnoseaufklärung*), het verloop van de behandeling (*Verlaufsaufklärung*) en de daaraan verbonden risico's (*Risikoaufklärung*) gerekend.⁴⁰⁸

354. De patiënt heeft in beginsel het recht om te weten aan welke aandoening hij lijdt.⁴⁰⁹ Desbetreffend stellen er zich geen bijzondere problemen met betrekking de geslachtsaanpassende behandeling. In de meeste gevallen is de diagnose immers een

⁴⁰² A. LAUFS, *o.c.*, nr. 168; C.C.M. NADORP-VAN DER BORG, *l.c.*, 3; K. REBMANN, F.J. SÄCKER. en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar*, V, 1613-1614.

⁴⁰³ BGH 27 november 1990, *NJW* 1992, 748; A. LAUFS, *o.c.*, nr. 163.

⁴⁰⁴ A. LAUFS, *o.c.*, nr. 163.

⁴⁰⁵ E. DEUTSCH, *o.c.*, nr. 118; A. LAUFS, *o.c.*, nrs. 163-166; C.C.M. NADORP-VAN DER BORG, *l.c.*, 3-4.

⁴⁰⁶ C.C.M. NADORP-VAN DER BORG, *l.c.*, 4.

⁴⁰⁷ A. LAUFS, *o.c.*, nrs. 167-168; C.C.M. NADORP-VAN DER BORG, *l.c.*, 4.

⁴⁰⁸ BGH 9 december 1958, *BGHZ*, nr. 29, 46; BGH 29 juni 1995, *MedR* 1996, 22; E. DEUTSCH, 'Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten', *l.c.*, 1905; A. LAUFS, *o.c.*, nr. 201; C.C.M. NADORP-VAN DER BORG, *l.c.*, 6; cf. M. HIRSCH, E. NIEBLER en H. STEINBERGER, *Abweichende Meinung bij BVerfG 25 juli 1979, BVerfGE*, nr. 52, 175.

⁴⁰⁹ BGH 16 januari 1959, *BGHZ*, nr. 29, 176; C.C.M. NADORP-VAN DER BORG, *l.c.*, 6; cf. E. DEUTSCH, *o.c.*, nr. 113; H. TRÖNDLE, *o.c.*, 1163; zie H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nrs. 24-25; A. LAUFS, *o.c.*, nrs. 202-203.

bevestiging van hetgeen de transseksueel zelfs reeds geruime tijd heeft ervaren. Het volstaat dat de arts in een voor de patiënt begrijpbare taal⁴¹⁰ uiteenzet dat de genderdysfore gevoelens van de patiënt onder de noemer transseksualiteit vallen en wat deze aandoening concreet inhoudt.

In het kader van de *Verlaufsaufklärung* moet de arts de patiënt informeren over de aard, de draagwijdte en de uitvoeringswijze van de ingreep.⁴¹¹ Voor de geslachtsaanpassende behandeling betekent dit concreet dat de transseksuele patiënt in kennis wordt gesteld van de verschillende fasen van de behandeling (hormonale behandeling, operatie, heelkundige wegname van organen, ...).⁴¹² Uit de informatieplicht over het verloop van de geslachtsaanpassende behandeling vloeit tevens de verplichting voort om de transseksuele patiënt in te lichten over de post-operatieve toestand en met name over de te verwachten resultaten op esthetisch en functioneel vlak, evenals over de zekere gevolgen van de behandeling, zoals de onomkeerbare onvruchtbaarheid van de patiënt.⁴¹³

Tenslotte rust op de arts de plicht om de patiënt te informeren over de mogelijke gevaren en nevenwerkingen die aan de ingreep verbonden zijn. De prevalentie van het risico is daarbij niet doorslaggevend.⁴¹⁴ Als algemene maatstaf geldt eerder dat die risico's worden vermeld waarvan mag worden verwacht dat ze door een verstandig patiënt in de concrete omstandigheden van de zaak in overweging worden genomen bij het nemen van zijn beslissing over de toestemming in de behandeling, alsmede die risico's waarvan de patiënt te kennen heeft gegeven dat hij ze als wezenlijk beschouwt..⁴¹⁵

355. Bij het bepalen van de omvang van de informatieplicht en met name van de *risicoaufklärung* houdt de rechtspraak rekening met verschillende factoren. De

⁴¹⁰ H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 24.

⁴¹¹ BGH 22 juni 1971, *NJW* 1971, 1887; BGH 16 november 1971, *NJW* 1972, 335; A. LAUFS, *o.c.*, nr. 204; O. TEMPEL, *l.c.*, 613.

⁴¹² Zie BGH 16 november 1971, *NJW* 1972, 335; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 26.

⁴¹³ HansOLG 19 november 1974, *NJW* 1975, 603; cf. BGH 9 december 1958, *BGHZ*, nr. 29, 46; E. DEUTSCH, *o.c.*, nr. 114; zie A. LAUFS, *o.c.*, nr. 205; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 27; C.C.M. NADORP-VAN DER BORG, *l.c.*, 6.

⁴¹⁴ BGH 16 november 1971, *NJW* 1972, 335; BGH 29 juni 1995, *MedR* 1996, 22; E. DEUTSCH, 'Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten', *l.c.*, 1906; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 27; zie O. TEMPEL, *l.c.*, 611.

⁴¹⁵ BVerfG 25 juli 1979, *BVerfGE*, nr. 52, 131; BGH 9 december 1958, *BGHZ*, nr. 29, 46; BGH 16 november 1971, *NJW* 1972, 335; BGH 23 oktober 1979, *NJW* 1980, 633; A. LAUFS, *o.c.*, nr. 186; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 27; R. RATZEL en H.-D. LIPPERT, *o.c.*, 57; cf. BGH 16 januari 1959, *BGHZ*, nr. 29, 176; BGH 22 januari 1980, *NJW* 1980, 1333.

informatieplicht van de arts neemt onder meer toe naarmate de voorgenomen ingreep een minder dringend karakter vertoont.⁴¹⁶ Andere criteria zijn de aard en de gevolgen van de medische behandeling, evenals de ernst van de risico's die aan de behandeling verbonden zijn.

Tijdens de onderscheiden fazen van de geslachtsaanpassende behandeling rust er bijgevolg inhoudelijk op de behandelende artsen een zeer verregaande informatieverplichting en mag van hen worden verwacht dat zij de transseksueel zeer uitvoerig informeren over de aard, de risico's en de gevolgen van de geslachtsaanpassende behandeling en met name van de heelkundige aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken.⁴¹⁷ Het opstarten van de hormonale therapie, noch het uitvoeren van een geslachtsoperatie vertonen een dringend karakter.⁴¹⁸ Bovendien heeft deze ingreep verstreckende en onomkeerbare gevolgen voor de transseksuele patiënt, wat de arts op zich reeds verplicht tot een bijzondere informatieverstrekking.⁴¹⁹

In dit opzicht zijn de aanbevelingen van de *Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung* te summier. Zij beperken zich hoofdzakelijk tot de verplichting om de transseksueel te wijzen op de noodzaak van een levenslange behandeling met hormonen, alsmede op het onomkeerbare karakter van de geslachtsoperatie.⁴²⁰ Verder wordt in zeer algemene termen gesteld dat de arts in zijn mondelinge toelichting de operatie moet beschrijven.

356. De aard en de finaliteit van de *Selbstbestimmungsaufklärung* verplichten de arts er tenslotte toe om de nodige aandacht te besteden aan het tijdstip waarop hij de patiënt informeert.

Een daadwerkelijke naleving van de informatieverplichting veronderstelt dat de patiënt de nodige inlichtingen ontvangt op een tijdstip waarop hij nog beschikt over voldoende inzichtsen beoordelingsvermogen om de hem verstrekte informatie te begrijpen en om te zetten in een rationele beslissing omtrent het al dan niet ondergaan van de medische ingreep.⁴²¹

⁴¹⁶ E. DEUTSCH, 'Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten', *I.c.*, 1906; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *I.c.*, nr. 27; C.C.M. NADORP-VAN DER BORG, *I.c.*, 7; cf. BGH 22 juni 1971, *NJW* 1971, 1887; OLG Oldenburg 1 oktober 1996, *VersR* 1997, 1493; zie O. TEMPEL, *I.c.*, 611-612; *contra*; K. REBMANN, F.J. SÄCKER. en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar*, V, 1616.

⁴¹⁷ R. RATZEL en H.-D. LIPPERT, *o.c.*, 57.

⁴¹⁸ Cf. O. TEMPEL, *I.c.*, 612.

⁴¹⁹ A. MÜLLER-EMMERT en H.-D. HIERSCHE, *I.c.*, 97.

⁴²⁰ Zie S. BECKER, H. BOSINSKI, U. CLEMENT, e.a., 'German Standards for the treatment and Diagnostic Assessment of Transsexuals', *I.J.T.* 1998, nr. 4 (<http://www.symposium.com./ijt/ijtc0603e05.htm>).

Daarenboven is vereist dat de patiënt na het verstrekken van de informatie voldoende bedenktijd wordt geboden om de verkregen kennis te verwerken en af te wegen of hij al niet dan niet toestemt in de behandeling.⁴²² De concrete duur van de termijn waarover de patiënt dient te beschikken om zijn beslissing te nemen, wordt onder meer bepaald door het al dan niet spoedeisend karakter van de ingreep.

Vermits het uitvoeren van een geslachtsaanpassende operatie in beginsel nooit hoogdringend is, mogen er ook met betrekking tot het tijdstip waarop de transseksuele patiënt de voor hem relevante informatie aangaande de geslachtsaanpassende behandeling ontvangt, hoge eisen worden gesteld aan de behandelende artsen, mede gelet op de aard en de onomkeerbare gevolgen van de ingreep.

c) *Vorm*

357. In beginsel moet de noodzakelijke informatie worden verstrekt in een gesprek tussen de arts en de patiënt⁴²³, vermits alleen een vertrouwelijk gesprek de geneesheer toelaat om zich een beeld te vormen van de hoeveelheid en de aard van informatie die de patiënt in de concrete omstandigheden van de zaak behoeft (zie ook § 8 MBO-Ä 1997).⁴²⁴

In de praktijk maken artsen bij zwaardere medische ingrepen nochtans vaak gebruik van toestemmings- en informatieformulieren.

358. Het overhandigen van een geïndividualiseerd informatieformulier en *a fortiori* van een voorgedrukte en gestandaardiseerde informatiebrochure mogen het informatieve gesprek tussen de arts en de patiënt evenwel niet vervangen.⁴²⁵ Hoogstens vormt een ondertekend en geïndividualiseerd informatieformulier een ondersteuning van de mondelinge toelichting.⁴²⁶

⁴²¹ BGH 7 april 1992, *NJW* 1992, 2351; A. LAUFS, *o.c.*, nr. 217; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 22; R. RATZEL en H.-D. LIPPert, *o.c.*, 57.

⁴²² BGH 7 april 1992, *NJW* 1992, 2351; E. DEUTSCH, 'Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten', *l.c.*, 1907; H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 22; A. LAUFS, *o.c.*, nrs. 217-219; K. REBMANN, F.J. SÄCKER. en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar*, V, 1624; O. TEMPEL, *l.c.*, 615; H. TRÖNDLE, *o.c.*, 1162; cf. E. DEUTSCH, *o.c.*, nr. 140.

⁴²³ BGH 8 januari 1985, *VersR* 1985, 361; E. DEUTSCH, *o.c.*, nr. 120; O. TEMPEL, *l.c.*, 615.

⁴²⁴ E. DEUTSCH, *o.c.*, nrs. 120 en 134; cf. H. TRÖNDLE, *o.c.*, 1162.

⁴²⁵ BGH 8 januari 1985, *VersR* 1985, 361; R. RATZEL en H.-D. LIPPert, *o.c.*, 57; K. REBMANN, F.J. SÄCKER. en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar*, V, 1625; O. TEMPEL, *l.c.*, 615-616.

⁴²⁶ E. DEUTSCH, *o.c.*, nr. 144; cf. A. LAUFS, *o.c.*, nr. 179; H. TRÖNDLE, *o.c.*, 1162.

In geval van betwisting kan aan dergelijke toestemmings- of informatieformulieren slechts een indicatieve bewijswaarde worden toegekend.⁴²⁷ Niettemin vormen zij een belangrijke verbetering van de bewijspositie van de arts in een eventuele aansprakelijkheidsprocedure.

359. De Duitse normen inzake de behandeling en de diagnosestelling van transseksualiteit lijken sluiten aan bij deze algemene regels.

Weliswaar bevelen zij de behandelende geneesheren aan om gebruik te maken van een document waarin de patiënten verklaren de aard en de draagwijdte van de geslachtsaanpassende behandeling te kennen en in deze behandeling toe te stemmen.⁴²⁸ Aan de chirurgen wordt zelfs een verplichting opgelegd om de transseksueel voorafgaand aan het uitvoeren van de geslachtsoperatie een informatie- en toelichtingsformulier te laten ondertekenen dat de gevolgde behandelingsmethode, de te verwachten resultaten en de mogelijke complicaties op een gedetailleerde manier beschrijft.⁴²⁹

Dit document wordt echter niet beschouwd als een substituut voor de mondelinge informatie, maar eerder als noodzakelijke aanvulling. Het behandelende artsenteam blijft gehouden om naast de schriftelijke informatie de patiënt mondeling in te lichten over de geslachtsaanpassende operatie en met name over het irreversibele karakter van deze ingreep.⁴³⁰ In de informatieve gesprekken dient tevens te worden gewezen op de onomkeerbare onvruchtbaarheid en de noodzaak van het levenslange gebruik van hormonen.

C. Medische indicatie en geneeskundig doel

360. De medische indicatie van de behandeling bekleedt in de Duitse rechtspraak een ondergeschikte positie bij de rechtvaardiging van het medische handelen. Deze voorwaarde wordt slechts onrechtstreeks in de rechterlijke beoordeling opgenomen langs de omweg van de toestemmingsvereiste.

⁴²⁷ Zie BGH 8 januari 1985, *VersR* 1985, 361; R. RATZEL en H.-D. LIPPERT, *o.c.*, 58; K. REBMANN, F.J. SÄCKER, en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar*, V, 1625.

⁴²⁸ S. BECKER, H. BOSINSKI, U. CLEMENT, e.a., 'German Standards for the treatment and Diagnostic Assessment of Transsexuals', *I.J.T.* 1998, nr. 4 (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e05.htm>).

⁴²⁹ *Ibid.*, (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e05.htm>).

⁴³⁰ S. BECKER, H. BOSINSKI, U. CLEMENT, e.a., 'German Standards for the treatment and Diagnostic Assessment of Transsexuals', *I.J.T.* 1998, nr. 4 (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e05.htm>).

361. Als uitgangspunt geldt dat de patiënt toestemt in een geneeskundige ingreep (*Heileingriff*). Om als *Heileingriff* te kunnen worden gekwalificeerd, is vereist dat het handelen van de arts medisch geïndiceerd is en dat de arts met zijn ingreep beoogt om ziekten, lichamelijke gebreken, lijden of psychische storingen, te vermijden, vast te stellen, te genezen, of te verlichten.⁴³¹

Indien met een medische handeling in de concrete omstandigheden van de zaak geen therapeutisch, diagnostisch of profylactisch doel kan worden bereikt, ontbreekt de medische indicatie.⁴³² In dat geval wordt het handelen van de arts niet gerechtvaardigd door de toestemming van de patiënt, vermits die toestemming berust op de veronderstelling dat de ingreep een geneeskundig doel heeft.⁴³³ De arts mag er zich dan niet mee vergenoegen om de patiënt uit te leggen dat er geen medische indicatie voor de ingreep voorhanden is, maar is verplicht om van de voorgenomen ingreep af te zien.⁴³⁴

Anderzijds wordt aanvaard dat de wederrechtelijkheid van bepaalde op de fysieke integriteit ingrijpende behandelingen, toch kan worden opgeheven door de toestemming van de patiënt, hoewel met deze behandelingen *stricto sensu* geen therapeutisch doel wordt nagestreefd. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan zuiver cosmetische operaties, vrijwillige (niet-therapeutische) sterilisatie en wetenschappelijke experimenten, die geen van alle aan de omschrijving van een *Heileingriff* voldoen⁴³⁵, maar binnen de grenzen van § 226a StGB toch kunnen worden gerechtvaardigd door de toestemming van de patiënt.⁴³⁶

362. In de huidige stand van de Duitse rechtspraak is de discussie omtrent het al dan niet therapeutische karakter van de geslachtsaanpassende behandeling bijgevolg weinig relevant. De toestemming van de transseksuele patiënt is in beginsel doorslaggevend voor de strafrechtelijke immuniteit van de artsen. Zelfs indien men weigert de geslachtsaanpassende behandeling te kwalificeren als een *Heileingriff*⁴³⁷, heeft de toestemming van de transseksueel slechts in zeer uitzonderlijke gevallen geen rechtvaardigende werking.

⁴³¹ BGH 22 februari 1978, *NJW* 1978, 1206; cf. K. LACKNER, *o.c.*, 920; zie K. ROGALL, noot onder BGH 22 februari 1978, *NJW* 1978, 2344-2345.

⁴³² K. LACKNER, *o.c.*, 920.

⁴³³ BGH 22 februari 1978, *NJW* 1978, 1206; K. REBMANN, F.J. SÄCKER, en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar*, V, 1588; cf. H. TRÖNDLE, *o.c.*, 1160.

⁴³⁴ BGH 22 februari 1978, *NJW* 1978, 1206; *contra* H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 48; K. ROGALL, *l.c.*, 2345.

⁴³⁵ K. LACKNER, *o.c.*, 921; H. TRÖNDLE, *o.c.*, 1161; cf. H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nrs. 43-48.

⁴³⁶ Zie H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nrs. 38-41 en 43-48.

⁴³⁷ Vb. H.J. HIRSCH, '§ 226a', *l.c.*, nr. 45.

Op grond van de bestaande medische literatuur kan men overigens bezwaarlijk ontkennen dat de geslachtsaanpassende behandeling bij transseksuelen een geneeskundig doel nastreeft.⁴³⁸ Het fundamentele lijden van de transseksueel wordt immers verminderd door de hormonale en heelkundige aanpassing van diens geslachtskenmerken. Of de behandeling in het concrete geval medisch geïndiceerd is, hangt af van de mate van zorgvuldigheid waarmee diagnose van transseksualiteit is gesteld.⁴³⁹

D. De verplichting tot zorgvuldige behandeling van de transseksuele patiënt

1. Uitvoering van de ingreep volgens de regels van de kunst

363. Bij de beoordeling van de medische indicatie en tijdens de uitvoering van de behandeling moet de arts de regels van de kunst in acht nemen.⁴⁴⁰ Onder regels van de kunst worden de beginselen en de methoden verstaan die ten tijde van de behandeling door de medische wetenschap worden erkend.⁴⁴¹ De zorgvuldigheidsmaatstaf die artsen in acht moeten nemen, wordt derhalve hoofdzakelijk door de medische professie zelf uitgewerkt, onder meer in standaardnormen en behandelingsprotocollen.

364. In dit opzicht moeten de Duitse artsen onder meer de normen naleven die de *Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung* voor de behandeling en diagnostische beoordeling van transseksuelen heeft ontwikkeld.⁴⁴² Deze gedragsregels worden door de auteurs ervan omschreven als minimale vereisten voor het stellen van de diagnose en de behandeling van transseksuelen.

Een afwijking van deze normen of van andere regels van de kunst maakt in de regel een onzorgvuldigheid uit in hoofde van de arts. Nochtans mogen deze normen niet worden beschouwd als starre regels die onvoorwaardelijk toepassing vinden bij elke geslachtsaanpassende behandeling. Omstandigheden eigen de patiënt kunnen meebrengen dat

⁴³⁸ A. MÜLLER-EMMERT en H.-D. HIERSCHE, *l.c.*, 97; A. SCHNEIDER, *o.c.*, 33-34.

⁴³⁹ Cf. E. DEUTSCH, *o.c.*, nr. 442; A. MÜLLER-EMMERT en H.-D. HIERSCHE, *l.c.*, 97.

⁴⁴⁰ K. LACKNER, *o.c.*, 920; H. TRÖNDLE, *o.c.*, 1160; cf. E. DEUTSCH, *o.c.*, nr. 10.

⁴⁴¹ K. LACKNER, *o.c.*, 920; A. LAUFS, *o.c.*, nrs. 469-477; K. REBMANN, F.J. SÄCKER. en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar*, V, 1591; H. TRÖNDLE, *o.c.*, 1160.

⁴⁴² Zie S. BECKER, H. BOSINSKI, U. CLEMENT, W. EICHER, T. GOERLICH, U. HARTMANN, G. KOCKOTT, D. LANGER, W. PREUSS, G. SCHMIDT, A. SPRINGER en R. WILLE, 'German Standards for the Treatment and Diagnostic Assessment of Transsexuals', *I.J.T.* 1998, nr. 4 (<http://www.symposion.com/ijt/ijt0603.htm>).

de zorgvuldigheidsverplichting juist een afwijking gebiedt van de standaardregels.⁴⁴³ Wel moet iedere afwijking van de standaardnormen uitdrukkelijk worden vermeld in het medisch dossier van de patiënt.⁴⁴⁴

365. Het niet respecteren van de regels van de kunst kan als behandelingsfout (*Behandlungsfehler* of *Kunstfehler*) leiden tot bestraffing van de arts die de medische ingreep heeft uitgevoerd of die de diagnose heeft gesteld. Afhankelijk van het gevolg van zijn foutief handelen is een strafrechtelijke veroordeling van de arts mogelijk op grond van § 222 StGB (dood door schuld, *fahrlässige Tötung*) of § 230 StGB (onopzettelijk toebrengen van letsel, *fahrlässige Körperverletzung*).⁴⁴⁵

Daarentegen is de bestraffing van een behandelingsfout op grond van § 223 StGB in beginsel uitgesloten, tenzij de arts wist dat hij een inbreuk pleegde op de regels van de kunst.⁴⁴⁶

2. Het proportionaliteitsbeginsel bij de keuze van de therapie

366. De medische zorgvuldigheidsnorm veronderstelt tevens dat de arts bij de keuze van de therapie een afweging maakt tussen het beoogde doel en de risico's en nadelige gevolgen van de behandeling.⁴⁴⁷ Hoewel de arts beschikt over een zekere therapeutische vrijheid, dient hij de voorkeur te geven aan een minder belastende of minder risicovolle therapie en mag hij dergelijke therapie niet lichtzinnig uitsluiten indien daarmee hetzelfde therapeutische doel kan worden bereikt.

Hieruit vloeit voort dat slechts tot een geslachtsaanpassende behandeling mag worden overgegaan, nadat met de nodige zekerheid is vastgesteld dat het genderidentiteitsprobleem waaraan de genderdysfore patiënt lijdt, niet kan worden verholpen door een psychotherapeutische interventie. Dit betekent dat slechts transseksuele personen in aanmerking kunnen komen voor de hormonale en heelkundige wijziging van de lichamelijke geslachtskenmerken. Om deze reden schrijven de Duitse standaardnormen inzake de

⁴⁴³ E. DEUTSCH, *o.c.*, nr. 182; A. LAUFS, *o.c.*, nr. 469; K. REBMANN, F.J. SÄCKER. en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar*, V, 1591; H. TRÖNDLE, *o.c.*, 1161.

⁴⁴⁴ S. BECKER, H. BOSINSKI, U. CLEMENT, e.a., 'German Standards for the Treatment and Diagnostic Assessment of Transsexuals', *I.J.T.* 1998, nr. 4 (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e01.htm>).

⁴⁴⁵ HansOLG 19 november 1974, *NJW* 1975, 603; E. DEUTSCH, *o.c.*, nr. 292; H.J. HIRSCH, 'Vor § 223', *l.c.*, nr. 5; K. LACKNER, *o.c.*, 920; K. ROGALL, *l.c.*, 2344-2345; H. TRÖNDLE, *o.c.*, 1160.

⁴⁴⁶ H.J. HIRSCH, 'Vor § 223', *l.c.*, nr. 5.

⁴⁴⁷ A. LAUFS, *o.c.*, nr. 478; K. REBMANN, F.J. SÄCKER. en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar*, V, 1596-1597.

behandeling van transseksuelen voor dat de behandelende artsen een grote zorgvuldigheid aan de dag moeten leggen bij het stellen van de differentiële diagnose.⁴⁴⁸

3. De minimale zorgvuldigheidsvereisten zoals opgelegd door de Duitse standaardnormen voor de behandeling en diagnostische beoordeling van transseksuelen

a) De diagnose van transseksualiteit

367. Aangezien de geslachtsaanpassende behandeling verregaande en onomkeerbare gevolgen heeft, vereisen de normen van de *Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung* in de eerste plaats dat de behandelende artsen de nodige zorgvuldigheid aan de dag leggen bij het stellen van de diagnose.⁴⁴⁹ Vermits de zelfdiagnose van de patiënt en de intensiteit van het verlangen tot aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken *eo ipso* niet kunnen gelden als betrouwbare indicatoren voor het bestaan van transseksualiteit, wordt een langdurige en therapeutisch begeleide observatieperiode voorgeschreven.

368. Tijdens deze diagnostische fase dient onder meer onderzoek te worden verricht naar de ontwikkeling van de genderidentiteit van de patiënt evenals naar diens huidige levenssituatie. De diagnosestelling vereist verder een lichamelijk onderzoek onder meer op gynaecologisch of urologisch vlak. Een psychiatrische of psychologische evaluatie moet eventuele psychopathologische problemen en hun relatie met het genderidentiteitsprobleem van de transseksuele patiënt blootleggen. Tenslotte maakt ook de real-life test een belangrijk onderdeel uit van dit proces van diagnosevorming.

369. De door de *Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung* gehanteerde diagnosecriteria komen in grote lijnen overeen met de kenmerken van transseksualiteit, zoals die worden beschreven in de internationaal aanvaarde classificatiesystemen DSM-IV en ICD-10.⁴⁵⁰

De Duitse normen vatten deze kenmerken samen in drie cumulatieve criteria, waaraan de patiënt moet beantwoorden om als transseksueel te kunnen worden aangemerkt.⁴⁵¹ In de eerste plaats wordt vereist dat de patiënt zich op duurzame en diepgaande wijze identificeert met de

⁴⁴⁸ Zie *infra*, nrs. 367-370.

⁴⁴⁹ S. BECKER, H. BOSINSKI, U. CLEMENT, e.a., 'German Standards for the treatment and Diagnostic Assessment of Transsexuals', *I.J.T.* 1998, nr. 4 (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e01.htm>).

⁴⁵⁰ S. BECKER, H. BOSINSKI, U. CLEMENT, e.a., 'German Standards for the treatment and Diagnostic Assessment of Transsexuals', *I.J.T.* 1998, nr. 4 (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e02.htm>).

⁴⁵¹ S. BECKER, H. BOSINSKI, U. CLEMENT, e.a., 'German Standards for the treatment and Diagnostic Assessment of Transsexuals', *I.J.T.* 1998, nr. 4 (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e02.htm>).

andere sekse. Deze identificatie dient gepaard te gaan met een aanhoudend gevoel van onbehagen ten opzichte van de biologische geslachtskenmerken, hetzij met gevoelens dat men niet past in de sociale rol die met deze kenmerken overeenstemt. Tenslotte moet bij de patiënt een klinisch relevant (psychisch) lijden worden vastgesteld en/of een gestoord vermogen om te functioneren in het werksmilieu of in andere sociale relaties.

370. De voorschriften van de *Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung* bepalen tevens dat tijdens de diagnostische fase een precieze differentiële diagnose moet worden gesteld.⁴⁵² Aldus kan worden uitgesloten dat de patiënt lijdt aan andere aandoeningen dan transseksualiteit, zoals travestie, psychose of de verdrukking van een homoseksuele geaardheid.

b) *De therapeutische beslissingen*

371. De hormonale therapie mag in beginsel slechts worden opgestart nadat een therapeutische relatie van ten minste één jaar is opgebouwd.⁴⁵³ Gedurende deze periode moet de therapeut tot het klinisch onderbouwde besluit zijn gekomen dat de patiënt beantwoordt aan een aantal psychotherapeutische criteria, zoals de stabiliteit van de identificatie met de andere gender, een realistische inschatting van de mogelijkheden en grenzen van de lichamelijke aanpassing en het vermogen om zich in de gewenste geslachtsrol in te leven. Tevens is vereist dat de transseksueel gedurende ten minste één jaar in deze geslachtsrol heeft geleefd (real-life test).⁴⁵⁴

Indien de therapeut oordeelt dat aan al deze voorwaarden is voldaan, dient hij deze mening te verwoorden in een geschreven aanbeveling voor het opstarten van de hormonale behandeling.⁴⁵⁵ De eigenlijke hormonale therapie wordt opgestart en gecontroleerd door een endocrinoloog.⁴⁵⁶

⁴⁵² S. BECKER, H. BOSINSKI, U. CLEMENT, e.a., 'German Standards for the treatment and Diagnostic Assessment of Transsexuals', *I.J.T.* 1998, nr. 4 (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e02.htm>).

⁴⁵³ S. BECKER, H. BOSINSKI, U. CLEMENT, e.a., 'German Standards for the treatment and Diagnostic Assessment of Transsexuals', *I.J.T.* 1998, nr. 4 (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e04.htm>).

⁴⁵⁴ M.S. AUGSTEIN, noot onder BVerfG 16 maart 1982, *StAZ.* 1982, 173; S. BECKER, H. BOSINSKI, U. CLEMENT, e.a., 'German Standards for the treatment and Diagnostic Assessment of Transsexuals', *I.J.T.* 1998, nr. 4 (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e04.htm>).

⁴⁵⁵ *Ibid.* (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e04.htm>).

⁴⁵⁶ S. BECKER, H. BOSINSKI, U. CLEMENT, e.a., 'German Standards for the treatment and Diagnostic Assessment of Transsexuals', *I.J.T.* 1998, nr. 4 (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e05.htm>).

372. Alleen transseksuele patiënten die ten minste achttien maanden ononderbroken in de door hen gewenste geslachtsrol hebben geleefd, komen in aanmerking voor een geslachtsoperatie.⁴⁵⁷ Een aanbeveling daartoe kan slechts ten vroegste zes maanden ná de aanvang van de hormonale therapie worden gegeven door een gespecialiseerde therapeut die de betrokken patiënt gedurende minstens achttien maanden heeft begeleid.

De aanbeveling moet worden opgesteld in de vorm van een deskundig verslag⁴⁵⁸, waarin de therapeut uitdrukkelijk verklaart dat de oorspronkelijke diagnose van transseksualiteit werd bevestigd in de loop van de hormonale behandeling. Inhoudelijk wordt dit verslag aan zeer strenge eisen onderworpen. De therapeut is onder meer verplicht om het voorkomen, het gedrag en de persoonlijkheid van de patiënt te beschrijven, evenals de ontwikkeling van het transseksuele syndroom en de factoren die daarop een invloed hebben uitgeoefend. Tevens dient het verslag de duur en de intensiteit van de tot dan toe gevolgde behandelingsmethode te vermelden met bijzondere aandacht voor de aanvangsdatum en de resultaten van de real-life test, de eventueel doorgevoerde voornaamswijziging en de lichamelijke en psychosociale veranderingen die ingevolge de hormonale behandeling bij de patiënt zijn opgetreden. Een prognose met betrekking tot de verwachte gevolgen van de geslachtsaanpassende operatie voor de maatschappelijke integratie van de transseksueel vormt een laatste verplicht onderdeel van de schriftelijke aanbeveling.

373. De chirurg die de heelkundige geslachtsaanpassing uitvoert, moet aan de hand van het verslag nagaan of het proces van diagnosestelling dat tot de aanbeveling heeft geleid, beantwoordt aan de normen die door de *Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung* zijn voorgeschreven.⁴⁵⁹ Vervolgens onderzoekt hij de transseksueel om de technische mogelijkheden van de operatie te bepalen.

Bij het uitvoeren van de ingreep dient de chirurg de technische aanbevelingen te volgen die door de Duitse normen worden vastgelegd.⁴⁶⁰ Opvallend daarbij is dat er tot op heden geen aanbevelingen bestaan voor de falloplastiek, aangezien de operatieve technieken zich op dit vlak nog in volle ontwikkeling bevinden.

⁴⁵⁷ S. BECKER, H. BOSINSKI, U. CLEMENT, e.a., 'German Standards for the treatment and Diagnostic Assessment of Transsexuals', *I.J.T.* 1998, nr. 4 (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e04.htm>); cf. A. MÜLLER-EMMERT en H.-D. HIERSCHKE, *l.c.*, 97.

⁴⁵⁸ *Ibid.* (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e04.htm>).

⁴⁵⁹ S. BECKER, H. BOSINSKI, U. CLEMENT, e.a., 'German Standards for the treatment and Diagnostic Assessment of Transsexuals', *I.J.T.* 1998, nr. 4 (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e05.htm>).

⁴⁶⁰ *Ibid.* (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e05.htm>).

c) *Leeftijd*

374. De vraag of het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling aan een bepaalde leeftijdsvereiste kan worden onderworpen, is onrechtstreeks ter sprake gekomen in een arrest van het *Bundesverfassungsgericht* van 16 maart 1982.⁴⁶¹

In dit arrest diende het Duitse grondwettelijke Hof te oordelen over de grondwettelijkheid van § 8 al. 1 nr. 1 TSG, die de wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte van een post-operatieve transseksueel voorbehield aan personen die de leeftijd van 25 jaar hadden bereikt. Het Hof oordeelde dat deze bepaling strijdig was met het in de Duitse Grondwet opgenomen gelijkheidsbeginsel (art. 3 al. 1 GG), precies omdat de wetgever het uitvoeren van een geslachtsoperatie niet afhankelijk heeft gemaakt van het bereiken van de minimum leeftijd van 25 jaar. In de beslissing van het *Bundesverfassungsgericht* werd evenwel uitdrukkelijk gesteld dat het gelijkheidsbeginsel de wetgever niet zou verhinderen om voor het ondergaan van de heelkundige aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken een bepaalde minimum leeftijd te vereisen.⁴⁶²

375. In een reactie op het arrest heeft de toenmalige *Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit* aan de *Bundesärztekammer* en de *Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung* de vraag gesteld in welke mate er in de praktijk door de Duitse artsen rekening werd gehouden met de leeftijd van de transseksuele patiënt bij het uitvoeren van een geslachtsaanpassende operatie.⁴⁶³

De *Bundesärztekammer* antwoordde hierop dat in beginsel de voltooiing van de psychoseksuele ontwikkeling moet worden afgewacht, alvorens tot de heelkundige aanpassing van de geslachtskenmerken kan worden overgegaan.⁴⁶⁴ Aangezien het einde van de psychoseksuele ontwikkeling sterk persoonsgebonden is, kon volgens de *Bundesärztekammer* geen eenduidige leeftijdsgrens worden vooropgesteld. De meerderjarigheidsgrens (18 jaren) zou echter in de meeste gevallen te laag zijn, terwijl een minimumleeftijd van 21 jaren dan weer als relatief hoog kon worden bestempeld. De *Bundesärztekammer* was tenslotte van oordeel dat in uitzonderlijke gevallen een geslachtsaanpassende operatie kon worden

⁴⁶¹ BVerfG 16 maart 1982, *StAZ* 1982, 170, noot M.S. AUGSTEIN.

⁴⁶² Voor een kritische bespreking van deze stellingname zie M.S. AUGSTEIN, noot onder BVerfG 16 maart 1982, *StAZ* 1982, 174.

⁴⁶³ Zie hieromtrent : BVerfG 26 januari 1993, *StAZ* 1993, 109.

⁴⁶⁴ F. PFÄFFLIN, 'Fünf Jahre Transsexuellengesetz - Eine Zwischenbilanz', *StAZ* 1986, 201; zie ook BVerfG 26 januari 1993, *StAZ* 1993, 109.

uitgevoerd bij personen beneden de 18 jaar. Hierbij is wel van belang dat dit advies dateert van vóór de inwerkingtreding van § 1631c BGB. De *Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung* beperkte er zich toe te stellen dat in bepaalde gevallen de diagnostische fase reeds voor het vijftiende levensjaar kan beëindigd zijn, zodat de indicatie voor een geslachtsoperatie reeds voor die leeftijd kan bestaan.⁴⁶⁵

376. De huidige normen van de *Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung* stellen in beginsel een minimum leeftijd van 19 jaren voorop voor het starten van de hormonale therapie en *a fortiori* voor de geslachtsoperatie.⁴⁶⁶

Slechts in uitzonderlijke gevallen mag van deze leeftijdsgrens worden afgeweken. Het uitvoeren van de geslachtsaanpassende behandeling vereist alsdan een bijzondere rechtvaardiging.

377. Concreet betekent dit dat uit de concrete invulling van de door de artsen in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm geen uitdrukkelijk en absoluut verbod voortvloeit om minderjarigen toe te laten tot de geslachtsaanpassende behandeling. In uitzonderlijke omstandigheden zou de behandeling dan ook theoretisch kunnen worden opgestart vóór het bereiken van de meerderjarigheid.

Evenwel leidt de samenlezing van § 1631c BGB en § 8 MBÖ-A 1997 tot een indirect verbod om een behandeling uit te voeren die de sterilisatie van de minderjarige patiënt tot gevolg heeft, hetgeen de behandeling van minderjarige transseksuelen uitsluit.

378. In de praktijk lijkt de vereiste leeftijd voor het ondergaan van de geslachtsaanpassende operatie in Duitsland hoedanook tot weinig problemen aanleiding te geven.

Uit een studie van AUGSTEIN, gebaseerd op 91 gevallen van transseksualiteit die in de periode van 11 oktober 1978 tot en met 31 december 1980 hebben geleid tot een wijziging van de vermeldingen in de geboorteakte, blijkt dat in alle gevallen waarin hieromtrent gegevens voorhanden waren, de patiënten op het ogenblik van het uitvoeren van de heelkundige geslachtsaanpassing de leeftijd van 18 jaren hadden bereikt.⁴⁶⁷ In 61,1 % van de bekende gevallen waren de patiënten zelfs meer dan 25 jaren oud.

⁴⁶⁵ Zie hierover : BVerfG 26 januari 1993, *StAZ* 1993, 109.

⁴⁶⁶ S. BECKER, H. BOSINSKI, U. CLEMENT, e.a., 'German Standards for the treatment and Diagnostic Assesment of Transsexuals', *I.J.T.* 1998, nr. 4 (<http://www.symposion.com/ijt/ijtc0603e05.htm>).

⁴⁶⁷ M.S. AUGSTEIN, 'Entscheidungen zur Transsexualität und Intersexualität bis zum 31.12.1980', *StAZ* 1982, 240.

d) *De behandeling van gehuwde transseksuelen*

379. De door de *Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung* opgestelde normen voor de behandeling en diagnosestelling van transseksualiteit bevatten geen vereisten aangaande de huwelijkske staat van de patiënten.

380. In een studie over vijf jaar toepassing van de *Transsexuellengesetz* maakte PFÄFFLIN wel melding van vier gehuwde transseksuelen die een geslachtsaanpassende operatie hadden ondergaan.⁴⁶⁸ Bij gebreke aan verdere gegevens over de plaats en het tijdstip waarop deze ingrepen werden verricht, is het evenwel niet mogelijk om uit deze vaststelling enige gevolgtrekking af te leiden met betrekking tot de huidige praktijk in Duitsland.

e) *De vereiste van de kinderloosheid*

381. De Duitse normen houden evenmin enig verbod in om transseksuelen te behandelen ten aanzien van wie reeds een afstammingsband is vastgesteld.

§3. Excursus : de hormonale behandeling en het recht op fysieke integriteit

382. Buiten het delict *Körperverletzung* bevat het *Strafgesetzbuch* geen bijzonder delict waaraan het toedienen van hormonen zou kunnen beantwoorden.

Weliswaar bestraft § 229 StGB een bijzondere vorm van toebrengen van lichamelijk letsel door het toedienen van giftstoffen of andere stoffen die van aard zijn om de gezondheid te verstoren. Dit misdrijf veronderstelt evenwel dat de dader heeft gehandeld met het bijzondere oogmerk om de gezondheid van het slachtoffer te schaden. Dergelijke vorm van opzet ontbreekt in hoofdte van de endocrinoloog die de hormonale behandeling van de transseksueel begeleidt.⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ F. PFÄFFLIN, 'Fünf Jahre Transsexuellengesetz - Eine Zwischenbilanz', *StAZ* 1986, 202.

⁴⁶⁹ H.J. HIRSCH, '§ 229', in H.-H. JESCHECK, W. RUB EN G. WILLMS (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin, Walter de Gruyter, 1989, losbl., nrs. 18-19.

HOOFDSTUK V.

VERGELIJKING VAN DE GEVONDEN OPLOSSINGEN EN RICHTLIJNEN VOOR HET BELGISCHE RECHT

AFDELING 1. DE EVALUATIECRITERIA

383. Het uitwerken van een adequate juridische regeling van de geslachtsaanpassende behandeling vereist een nauwkeurige afweging tussen twee - op het eerste gezicht - conflicterende beleidsopties.

Enerzijds wordt in de medische wereld algemeen aanvaard dat de hormonale en heelkundige aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken in de huidige stand van de wetenschap de enige medische behandeling is die leidt tot een verbetering van het algemene welzijn van transseksuelen.⁴⁷⁰ Alleen een radicale correctie van het verkeerde lichaam waarin de transseksueel werd geboren, biedt hem een mogelijkheid om te ontsnappen aan de destructieve ambivalentie die zijn geslachtstoebehoren kenmerkt. De negatie van deze fundamentele nood reduceert de transseksuele persoon tot een ambigu wezen en leidt tot zelfverminking, soms zelfs tot zelfvernietiging. Het respect voor de menselijke waardigheid gebiedt dan ook om het ondergaan van de geslachtsaanpassende behandeling op een zo ruim mogelijke wijze toe te laten. Indien men deze behandeling zou onderwerpen aan te restrictieve grondvoorwaarden of aan een omslachtige - al dan niet gerechtelijke - procedure, wordt de persoonlijkheid van de transseksueel zelf bedreigd.

Anderzijds blijft de aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken een van de meest verregaande inbreuken op fysieke integriteit van de mens. Bovendien kan bezwaarlijk worden aanvaard dat de mens titularis zou zijn van een onbeperkt recht op seksuele en lichamelijke zelfbeschikking. Dit blijkt reeds uit een oppervlakkige vergelijking van de in de onderzochte rechtsstelsels gevonden opvattingen omtrent het recht om over het geslacht te beschikken.⁴⁷¹ De regeling van de geslachtsaanpassende behandeling moet bijgevolg voldoende waarborgen bieden met betrekking tot de eerbiediging van het recht op fysieke integriteit van de patiënt en de relatieve onbeschikbaarheid van de lichamelijke bestanddelen van de persoonlijkheid.

384. De hiervoren beschreven beleidsopties zijn nochtans niet onverenigbaar. Vertaald naar de geslachtsaanpassende behandeling, kunnen uit het recht op eerbiediging van de fysieke

⁴⁷⁰ Zie *supra*, nrs. 43-45.

⁴⁷¹ Zie *supra*, nrs. 192-198, 233-236, 267-272, en 327-334.

integriteit en de relatieve onbeschikbaarheid van het menselijke lichaam twee systeemgebonden evaluatiecriteria worden afgeleid. In de eerste plaats moet de hormonale en heelkundige aanpassing van de uiterlijke geslachtskenmerken worden voorbehouden aan transseksuelen. Dit veronderstelt dat maximale eisen worden gesteld aan de diagnose van transseksualiteit (eerste systeemgebonden criterium). Daarnaast moet bij de regeling van dergelijke zwaarwichtige medische handeling bijzondere aandacht worden besteed aan de patiëntenrechten (tweede systeemgebonden criterium).

Deze twee systeemgebonden criteria worden aangevuld door een derde (probleemgebonden) evaluatiecriterium. Mits de diagnose van transseksualiteit met voldoende zekerheid is gesteld en de rechten van de patiënt zijn geëerbiedigd, moeten de eventuele bijkomende grond- en procedurevoorwaarden een zo ruim mogelijke toepassing van de geslachtsaanpassende behandeling toelaten.

AFDELING 2. AARD VAN DE REGELGEVING

§1. Algemene vaststelling : het ontbreken van een bijzondere wetgeving inzake de geslachtsaanpassende behandeling

385. Het rechtsvergelijkende onderzoek van de regels waaraan de geslachtsaanpassende behandeling is onderworpen, leidt in de eerste plaats tot de vaststelling dat geen van de onderzochte rechtsstelsels een bijzondere wettelijke regeling kent met betrekking tot de hormonale en heelkundige aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken.

386. Het ontbreken van dergelijke regeling in het Belgische en Franse recht kan niet los worden gezien van het uitblijven van een wetgevende tussenkomst op het vlak van de wijziging van de staat van de transseksuele persoon. Tot op heden werden in beide landen slechts fragmentaire en weinig onderbouwde wetgevende initiatieven ondernomen, die op weinig of geen steun konden rekenen binnen de wetgevende kamers. Bijgevolg werd in het Belgische en Franse parlement vooralsnog geen fundamenteel debat gevoerd omtrent de juridische problemen van transseksualiteit.

Een andere factor die het stilzitten van de Belgische en Franse wetgever op het vlak van de geslachtsaanpassende behandeling verklaart, is de aanvaarding van het therapeutische karakter van de geslachtsaanpassende behandeling door de medische professie. Anders dan bijvoorbeeld in Nederland ging hieraan geen uitgebreide maatschappelijke discussie vooraf en heeft de vraag naar een repressieve regelgeving of een strafrechtelijk verbod zich minder uitdrukkelijk gesteld. Dit geldt vooral voor België, waar het baanbrekende vonnis dat op 27

september 1969 door de correctionele rechtbank te Brussel werd gewezen, evenals het advies dat in 1974 door de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren werd verleend, reeds vrij vroeg een juridisch kader boden waarbinnen de geslachtsoperatie kon worden uitgevoerd.

387. In Nederland en Duitsland maakt de wijziging van staat van transseksuele personen daarentegen wel het voorwerp uit van een bijzondere wetgeving. Daarbij valt op dat in beide landen het voorafgaandelijk ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling een grondvoorwaarde is voor de wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte. Niettemin hebben zowel de Nederlandse als de Duitse wetgever afgezien van het invoeren van een globale wettelijke regeling die naast de wijziging van staat ook de geslachtsaanpassende behandeling omvat.⁴⁷²

De Nederlandse wetgever heeft deze keuze verantwoord met de overweging dat de geslachtsaanpassende behandeling in de eerste plaats dient te beantwoorden aan de voorschriften die door de medische wereld worden vooropgesteld.⁴⁷³ De beslissingsbevoegdheid wordt op die manier uitdrukkelijk overgedragen op de behandelende geneesheren. In Duitsland lijken daarentegen eerder motieven van pragmatische aard de beslissing van de wetgever te hebben beïnvloed.⁴⁷⁴

§2. De noodzaak van een wettelijke regeling

388. Bij gebreke aan een bijzondere wetgeving dient het uitvoeren van een geslachtsaanpassende behandeling uitsluitend te beantwoorden aan de grondvoorwaarden die voortvloeien uit de gemeenrechtelijke regeling inzake de strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van artsen voor inbreuken op de fysieke integriteit van hun patiënten, alsmede aan de zorgvuldigheidsnormen die door de medische professie zelf zijn uitgewerkt.

In geen van de onderzochte landen heeft dit tot bijzondere problemen aanleiding gegeven, wat op zich reeds de vraag doet rijzen naar de noodzaak van een wettelijke regeling van de geslachtsaanpassende behandeling. Op grond van de hierboven ontwikkelde evaluatiecriteria luidt het antwoord op deze vraag mijns inziens ontkennend.

⁴⁷² Zie *supra*, nrs. 277-278 en 335-336.

⁴⁷³ M.v.A., *Kamerst.* T.K. 1982-83, nr. 17297/6, 23 en 32.

⁴⁷⁴ *Supra*, nr. 335.

389. De rechten van de (transseksuele) patiënt kunnen in beginsel afdoende worden gevrijwaard door een strikte toepassing van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels en de daaruit voortvloeiende voorwaarden. Hierna wordt besproken of en in welke mate er desbetreffend uit het gevoerde rechtsvergelijkende onderzoek aanbevelingen kunnen worden afgeleid ter verfijning van de Belgische rechtspraak.

390. Ook de vereiste gestrengheid bij de diagnose van transseksualiteit vergt geen wettelijke tussenkomst. In navolging van de Nederlandse wetgever moet op dit vlak worden gepleit voor een overdracht van bevoegdheden aan de behandelende geneesheren. De medische wereld heeft zichzelf reeds stringente vereisten opgelegd met betrekking tot de diagnosestelling. Het is dan ook aangewezen dat de bestaande regels en richtlijnen verder worden uitgewerkt en in voorkomend geval kunnen worden aangepast aan de wetenschappelijke vooruitgang, onder meer met betrekking tot de beschikbare meetinstrumenten. Een wettelijke regeling biedt daartoe onvoldoende flexibiliteit.

Bovendien zou een wetgevende tussenkomst naar mijn mening weinig toevoegen aan de huidige zorgvuldigheidsnormen en behandelingsprotocollen. De wettelijke grondvoorwaarden waaraan een persoon alsdan zou moeten beantwoorden, zijn immers slechts afdwingbaar mits een aan de behandeling voorafgaande rechterlijke controle. Dergelijk controlesysteem, dat men onder meer vindt in de Italiaanse wetgeving⁴⁷⁵, veronderstelt echter de aanstelling van een medisch deskundige, zodat de beslissing *de facto* alsnog gebaseerd is op het oordeel van een geneesheer. Een verplichte voorafgaande rechterlijke machtiging over de diagnose moet in die zin zelfs worden verworpen op grond van het probleemgebonden evaluatiecriterium

Alleen voor het opleggen van bijkomende voorwaarden (leeftijd, huwelijkse staat, kinderen, nationaliteit) zou een wettelijke tussenkomst enig nut kunnen hebben. Een toetsing van de bestaande zorgvuldigheidsnormen en protocollen aan het probleemgebonden evaluatiecriterium toont echter aan dat deze bijkomende voorwaarden evenmin een reden vormen om wetgevend op te treden op het gebied van de geslachtsaanpassende behandeling.

⁴⁷⁵ Art. 3 Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso (Legge 14 april 1982, nr. 164), *Gazzetta Ufficiale* 19 april 1982, p. 2879; M.R. WILL, 'Les conditions juridiques d'une intervention médicale pour changer de sexe: la situation en droit comparé', in X. (ed.), *Transsexualisme, médecine et droit. Actes XXIII^e Colloque de droit européen*, Straatsburg, Editions Conseil de l'Europe, 1995, 95.

AFDELING 3. VERGELIJKING VAN DE GEVONDEN OPLOSSINGEN

§1. De beperkte vrijheid om over de lichamelijke geslachtskenmerken te beschikken

391. Het rechtsvergelijkende onderzoek leert dat alle in dit onderzoek betrokken landen erkennen dat een persoon binnen bepaalde grenzen kan beschikken over de fysieke attributen van zijn sekse. Deze begrenzing hangt samen met het therapeutische karakter van de geslachtsaanpassende behandeling en de realiteit van het transseksuele syndroom. De beslissingsbevoegdheid om de uiterlijke geslachtskenmerken aan te passen aan de subjectieve geslachtsbeleving wordt met name uitsluitend toegekend aan personen die op grond van een zorgvuldige diagnosestelling als transseksueel - en bij uitbreiding als interseksueel - kunnen worden gekwalificeerd.

In Nederland en Duitsland werd dit beginsel ook geïntegreerd in de bijzondere wetgeving omtrent de wijziging van staat ingeval van transseksualiteit. Zowel in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek als in de *Transsexuellengesetz* wordt deze wijziging immers gekoppeld aan het voorafgaandelijk ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling.

392. Over de precieze aard van de beperkte vrijheid van geslachtskeuze bestaat er echter noch in België, noch in de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels een eenduidig standpunt.

De meerderheidsopvatting lijkt telkens te zijn dat een transseksueel beschikt over een bevoegdheid om binnen bepaalde, door de behandelende geneesheren *in concreto* te stellen grenzen, te beslissen om de lichamelijke geslachtskenmerken al dan niet in overeenstemming te brengen met de door hen ervaren geslachtsidentiteit, zonder in deze bevoegdheid te kunnen worden gestoord door anderen of door de overheid.

393. Niettemin gaat mijn voorkeur ernaar uit om deze vrijheid te kwalificeren als een subjectief recht om binnen bepaalde grenzen te kunnen beschikken over de lichamelijke kenmerken van de sekse. Zoals bij de bespreking van het geldende Belgische recht reeds werd betoogd⁴⁷⁶, is dergelijke kwalificatie vanuit dogmatisch oogpunt verdedigbaar. Bovendien biedt zij het voordeel dat de transseksueel een aanspraak kan doen gelden op het ondergaan van de geslachtsaanpassende behandeling, met inbegrip van de terugbetaling van deze medische ingreep door de ziekteverzekering.

⁴⁷⁶ *Supra*, nrs. 195-198.

Uiteraard blijft dergelijk subjectief persoonlijkheidsrecht ondergeschikt aan de kwalitatieve vereiste dat de titularis ervan volgens de geldende medische normen kan worden beschouwd als een transseksueel of een interseksueel, hetgeen in de eerste plaats wordt beoordeeld door de behandelende geneesheren. Men kan slechts over zijn lichamelijke integriteit beschikken met het oog op het bereiken van een redelijk doel. Dit sluit bijvoorbeeld uit dat een mannelijke prostituée een heelkundige ingreep ondergaat waardoor bepaalde secundaire vrouwelijke geslachtskenmerken worden gecreëerd ten einde de betrokkene toe te laten als hermafrodit seksuele diensten te kunnen aanbieden.

§2. De toepassing van de gemeenrechtelijke regels inzake het medische handelen op de geslachtsaanpassende operatie

A. Het samenspel van het strafrecht en het civiele recht bij de bescherming van de fysieke integriteit van de patiënt

394. In de onderzochte rechtsstelsels wordt het uitvoeren van een heelkundige ingreep zonder onderscheid gekwalificeerd als een inbreuk op de fysieke integriteit van de patiënt, die als dusdanig in beginsel strafrechtelijk wordt gesanctioneerd. Elk van deze rechtsstelsels aanvaardt echter dat chirurgen zich bij het uitvoeren van operatieve ingrepen kunnen beroepen op een strafrechtelijke immuniteit, die haar grondslag vindt hetzij in de toelating van de wet (België, Frankrijk), hetzij in het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid (Nederland), of nog in de toestemming van de patiënt (Duitsland).

De voorwaarden waaraan het medische handelen moet voldoen om geoorloofd te zijn, worden tevens bepaald door het burgerlijk recht. Hierbij moet in de eerste plaats worden gedacht aan de regels inzake contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Het recht op fysieke integriteit wordt daarenboven door de Franse Code civil als persoonlijkheidsrecht beschermd (art.16 e.v. C. civ.).

395. Vanuit functioneel oogpunt leidt dit samenspel tussen de strafrechtelijke en civielrechtelijke regels in de onderzochte landen tot dezelfde gemeenrechtelijke voorwaarden waaraan elke medische behandeling - en derhalve ook de geslachtsaanpassende operatie - moet voldoen om geoorloofd te zijn.

De rechtmatigheid van de geslachtsoperatie veronderstelt met name steeds dat dit handelen wordt voorgenomen met een therapeutisch oogmerk en nadat de transseksuele patiënt hiertoe zijn geïnformeerde toestemming heeft verleend. Eveneens wordt vereist dat de behandelende

geneesheren handelen volgens de regels van de kunst en met inachtnaam van de proportionaliteitstoets.

B. De rol van de door de medische professie uitgewerkte zorgvuldigheidsnormen inzake de diagnosestelling en de behandeling van transseksualiteit

396. De zorgvuldigheidsnormen die door de medische professie zelf werden ontwikkeld met betrekking tot de diagnosestelling en behandeling van transseksualiteit, spelen een belangrijke rol bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de geslachtsaanpassende behandeling. Zij vormen immers de inhoudelijke invulling van de medisch-professionele standaard waaraan de geslachtsaanpassende behandeling als medisch handelen dient te beantwoorden.

Als dusdanig concretiseren zij de toepassing van de hiervoren genoemde voorwaarden op de geslachtsaanpassende behandeling en leggen zij op indirecte wijze vanuit de medische praktijk geformuleerde aanvullende vereisten op aan de behandelende artsen. Deze vereisten worden dan ook gesynthetiseerd en geïntegreerd in de bespreking van de concrete vereisten die op strafrechtelijk en civielrechtelijk vlak ten aanzien van de behandelende artsen worden gesteld.

397. De aard van de gevonden medisch-professionele zorgvuldigheidsnormen loopt echter sterk uiteen in de landen die in onderhavig proefschrift werden onderzocht.

België en Frankrijk kennen tot op heden nog geen algemene standaardnormen noch een algemeen aanvaard behandelingsprotocol.⁴⁷⁷ In deze beide landen moeten de artsen zich derhalve richten naar algemene voorschriften inzake het uitvoeren van chirurgische ingrepen, alsmede naar de adviezen die de respectievelijke nationale ordes van geneesheren - soms *ad hoc* - hebben verstrekt.⁴⁷⁸ In Nederland en Duitsland werden daarentegen gestandaardiseerde behandelingsnormen ontwikkeld, waardoor de geneesheren in beginsel gebonden zijn bij de behandeling van transseksuelen.⁴⁷⁹ Weliswaar laten deze voorschriften in concrete gevallen afwijkingen toe, mits uitdrukkelijke motivatie door de behandelende artsen.

⁴⁷⁷ Weliswaar bestaat er een ontwerp van deontologisch reglement, uitgewerkt door het gender-team van Gent: zie R. RUBENS, G. DE CUYPERE, J. GERLO, e.a., 'Transseksualiteit. Probleemschets en benadering', *l.c.*, 324.

⁴⁷⁸ Zie *supra*, nrs. 217 en 253.

⁴⁷⁹ Zie *supra*, nrs. 291-294 en 364.

398. Op grond van de systeemgebonden criteria geef ik de voorkeur aan de Nederlandse en Duitse oplossing, waarbij eenvormige regels worden opgesteld die in beginsel door alle artsen in acht moet worden genomen bij de behandeling van transseksualiteit. Vooral met betrekking tot de diagnosestelling en de wijze waarop het behandelende gender-team de beslissingen neemt om over te gaan tot elk van de onderscheiden fasen van de behandeling, wordt elke vorm van willekeur vermeden door het opleggen van eenvormige en gestandaardiseerde gedragsnormen.

Ook de bescherming van de patiëntenrechten is gediend met een dergelijke vorm van standaardisering. De minimale vereisten van een medisch behandelingsprotocol gelden zowel voor de strafrechter als voor civiele rechter als een richtsnoer bij de beoordeling van het medische handelen en bieden hem een samenvatting van de geldende medische opvattingen inzake transseksualiteit. Bovendien moet elke afwijking van de standaardnormen op gemotiveerde wijze worden geacteerd in het persoonlijke dossier van de patiënt wat de transparantie van de genomen beslissingen bevordert.

C. De concrete grondvoorwaarden voor de rechtmatigheid van de operatieve geslachtstransformatie

1. *Het therapeutische oogmerk*

399. Het therapeutische oogmerk van de voorgenomen heelkundige ingreep geldt vooral in België en Frankrijk als een primordiale vereiste voor de strafrechtelijke immuniteit van de chirurg. In beide landen wordt de inbreuk die de chirurg begaat in de fysieke integriteit van de patiënt gerechtvaardigd door de (impliciete) toelating van de wet.

Dit mag nochtans niet de indruk wekken dat het therapeutische oogmerk slechts een marginale rol zou spelen in het Nederlandse en Duitse rechtsstelsel. De (ongeschreven) rechtvaardigingsgrond waarop een chirurg zich naar Nederlands recht kan beroepen, gaat in wezen juist uit van het beroepskarakter van de uitgevoerde handeling. Slechts in zoverre de handeling als een medische beroepshandeling kan worden beschouwd, ontbreekt de materiële wederrechtelijkheid die noodzakelijk is voor de bestraffing ervan.

400. Het vereiste therapeutische oogmerk wordt door de recente Belgische en Franse rechtsleer op een extensieve wijze geïnterpreteerd. Elke medische handeling die het geheel fysiek, psychisch en sociaal welzijn van de patiënt nastreeft, beoogt in beginsel een therapeutisch doel. Op grond van deze verruimde taakomschrijving van de geneesheer wordt

het therapeutische karakter van de geslachtsaanpassende behandeling door de meerderheidsopvatting in de Belgische en Franse doctrine niet langer in vraag gesteld.

De Nederlandse en Duitse wetgever hebben impliciet het therapeutische karakter van de geslachtsaanpassende operatie bevestigd in de grondvoorwaarden van de vordering tot wijziging van de vermelding van de kunne (art. 1:28 lid 1 N.B.W., respectievelijk § 8 al. 1 nr. 4 TSG). Kenmerkend voor Nederland is wel dat aan de invoering van de wettelijke regeling inzake transseksualiteit een lang en vrij intensief maatschappelijk debat is voorafgegaan onder meer de toelaatbaarheid van de geslachtsoperatie zelf ter discussie stond. Een van de mogelijke verklaringen hiervoor is het feit dat de medische tuchtorganen in Nederland reeds met de geslachtsaanpassende operatie werden geconfronteerd op een ogenblik waarop het therapeutische karakter van deze behandeling in medische kringen nog sterk omstreden was. Dit heeft precies geleid tot een controverse binnen de medische professie die uitmondde in het aanvankelijk negatieve advies van de Gezondheidsraad.

401. Ingevolge het eensgezinde standpunt dat in de onderzochte rechtsstelsels wordt ingenomen, blijft de inbreng van de rechtsvergelijking met betrekking tot het therapeutische karakter van de geslachtsoperatie beperkt tot een loutere bevestiging van de meerderheidsopvatting in de Belgische rechtspraak en doctrine.

Niettemin laat een arrest van het Franse Hof van Cassatie⁴⁸⁰ toch toe te preciseren dat het principiële therapeutische oogmerk van de geslachtsoperatie geen afbreuk doet aan het feit dat de (straf)rechter bij de beoordeling van een uitgevoerde geslachtsoperatie nog steeds moet nagaan of de chirurg ook *in concreto* een therapeutisch doel heeft nagestreefd. In de casus die tot dit arrest aanleiding gaf, handelde de chirurg uit louter wetenschappelijke belangstelling zonder de nodige voorzorgen in acht te nemen bij het stellen van de diagnose van transseksualiteit. Om die reden volgde toch een strafrechtelijke veroordeling, ondanks het principiële therapeutisch oogmerk van een geslachtsaanpassende operatie.

2. De proportionaliteitstoets

402. In alle onderzochte rechtsstelsels wordt benadrukt dat de chirurg voorafgaand aan het uitvoeren van een heelkundige ingreep de nadelen en de risico's van deze behandeling dient af te wegen tegen het nagestreefde behandelingsdoel.

⁴⁸⁰ Cass. fr. 30 mei 1991, *Bull. crim.* 1991, p. 591, nr. 232; arrest *a quo* : Aix-en-Provence 23 april 1990, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21720, noot G. MÉMETEAU en *Gaz. Pal.* 1990, Jur., 575, noot J.-P. DOUCET.

403. In België aanvaardde de correctionele rechtbank te Brussel in haar principevonnis van 27 september 1969⁴⁸¹ zonder nadere toelichting dat er een redelijk evenwicht bestaat tussen de nadelen en de risico's van de geslachtsaanpassende operatie en de nagestreefde algemene verbetering van het subjectieve welbevinden van de transseksueel.

Het onderzoek van de Franse en Nederlandse rechtspraak leidt echter tot een verdere verfijning van de proportionaliteitstoets. De heelkundige wijziging van de lichamelijke geslachtskenmerken zal deze toets slechts doorstaan indien de diagnose van transseksualiteit met voldoende zekerheid gesteld is overeenkomstig de geldende medische normen. Daarenboven moet vaststaan dat van eventueel andere behandelingen geen therapeutisch effect kan worden verwacht. De geneesheer mag zich dus niet vergenoegen met een abstract-wetenschappelijke invulling van het proportionaliteitsbeginsel, maar dient integendeel *in concreto* te beoordelen of de geslachtsaanpassende behandeling de enige medische responsie is op het volgens de regels van de kunst gestelde diagnose van transseksualiteit.

404. Aldus geïnterpreteerd stelt de vereiste redelijke verhouding tussen de nadelen en de risico's van de geslachtsaanpassende behandeling enerzijds en de beoogde verbetering van het subjectieve welbevinden van de genderdysfore patiënt anderzijds zich in de eerste plaats als een probleem van (differentiële) diagnose. Deze diagnosestelling zal met name moeten beantwoorden aan de zorgvuldigheidscriteria die hieromtrent door de medische beroepsgroep werden uitgewerkt.

3. De geïnformeerde toestemming van de transseksuele patiënt

a) Algemeen

405. De *informed consent*-vereiste wordt uitvoerig behandeld in de jurisprudentie en de doctrine van de vier onderzochte landen. Vooral het Nederlandse en het Duitse rechtstelsel kunnen in dit verband een bron van inspiratie vormen voor de Belgische rechtspraak en rechtsleer.

406. Op civielrechtelijk vlak heeft de Nederlandse wetgever bij het uitwerken van de wettelijke bepalingen inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst bijzondere aandacht besteed aan het recht van de patiënt om op vrije en voorgelichte wijze toe te stemmen in een medische behandeling. Deze gedetailleerde regeling kan als model gelden bij

⁴⁸¹ Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635 en *Pas.* 1969, III, 5.

de bepaling van de draagwijdte van de *informed consent*-vereiste binnen de contractuele relatie arts-patiënt.

407. Op strafrechtelijk vlak wordt vooral in het Duitse recht een centrale betekenis toegekend aan de *informed consent*-vereiste als voorwaarde voor de strafrechtelijke immuniteit van de chirurg. De vrije en voorgelichte toestemming wordt door de Duitse jurisprudentie immers gekwalificeerd als een zelfstandige rechtvaardigingsgrond voor het medische handelen, die rechtstreeks voortvloeit uit zelfbeschikkingsrecht en het recht op fysieke integriteit. Uit de casuïstiek waartoe deze benadering aanleiding geeft, kunnen verschillende vereisten worden gedistilleerd met betrekking tot de concrete vorm en inhoud van de *informed consent*-vereiste.

In het Belgische, Franse en Nederlandse recht levert de toestemming van de patiënt daarentegen geen algemene rechtvaardigingsgrond op die als dusdanig aan de heelkundige ingreep zijn wederrechtelijk karakter ontnemt. Het principe dat de toestemming van het slachtoffer de toegebrachte slagen en verwondingen niet rechtvaardigt werd naar Belgisch recht overigens recentelijk door het Hof van Cassatie bevestigd in het hoger reeds vermelde arrest van 6 januari 1998 inzake sadomasochistische praktijken.⁴⁸²

Het Hof heeft hier echter wel aan toegevoegd dat de instemming van het slachtoffer wel kan leiden tot verschoonbaarheid van de slagen en verwondingen, in zoverre zij plaatsvinden in het kader van het door artikel 8 § 1 E.V.R.M. gewaarborgde recht op privé-leven en de gezondheid van het slachtoffer er niet wordt door aangetast. De wederrechtelijkheid van de toegebrachte slagen en verwondingen blijft derhalve wel behouden, maar zij worden niet langer strafwaardig geacht. Toegepast op de geslachtsaanpassende behandeling zou de toestemming van de transseksuele patiënt in ondergeschikte orde door de arts als strafuitsluitende verschoningsgrond kunnen worden aangevoerd, in zoverre zou worden geoordeeld dat deze behandeling niet zou worden gerechtvaardigd door het vooropgestelde doel ervan, te weten het subjectieve welbevinden van de transseksueel. De beleving van de eigen sekse behoort immers eveneens tot het privé-leven in de zin van artikel 8 E.V.R.M. In zoverre de diagnose van transseksualiteit met de nodige zorg is gesteld en de behandeling werd uitgevoerd volgens de regels van de kunst, is deze operatie precies van aard om zelfverminking en zelfdoding te vermijden. In dit opzicht kan worden gesteld dat de geslachtsoperatie precies de gezondheid van de transseksueel dient, eerder dan ze te schaden.

⁴⁸² Cass. 6 januari 1998, *R.W.* 1998-99, 290; *supra*, nr. 194. Zie ook het arrest *a quo* : Antwerpen 30 september 1997, *R.W.* 1997-98, 749.

408. Aan elk van de onderscheiden fasen van de geslachtsaanpassende behandeling dient echter hoedanook een vrije en voorgelichte toestemming van de transseksuele patiënt vooraf te gaan. In geen van de onderzochte rechtsstelsels werd een aanknopingspunt gevonden om in bepaalde concrete gevallen van de verplichte toestemming af te wijken.

Hierna wordt dan ook getracht om uit de resultaten van het rechtsvergelijkende onderzoek een aantal concrete richtlijnen te distilleren die een chirurg moet in acht nemen bij het verkrijgen van de geïnformeerde en vrije toestemming tot het ondergaan van een heelkundige aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken. Uiteraard staat hierbij de maximale bescherming van de patiëntenrechten als evaluatiecriterium voorop.

b) *Het recht op toestemming*

i) DE BEHANDELING VAN DE MINDERJARIGE PATIËNT EN DE TOESTEMMINGSVEREISTE

409. Een eerste richtlijn inzake het recht op toestemming heeft betrekking op de vraag of minderjarigen zelf en zelfstandig kunnen beslissen om een geslachtsoperatie te ondergaan.

Naar Duits recht is dit absoluut uitgesloten ingevolge het wettelijke verbod om een minderjarige te steriliseren (§ 1631c BGB). Het Nederlandse recht kent daarentegen aan een minderjarige transseksueel vanaf de leeftijd van zestien jaren *de jure* de volle bekwaamheid toe om toe te stemmen in het ondergaan van medische ingrepen in het kader van de geslachtsaanpassende behandeling (art. 7:447 lid 1 j° 7:450 lid 1 N.B.W.). Een relatief uitgebreide bekwaamheid geldt ook voor de leeftijdscategorie tussen de twaalf en de zestien jaren (art. 7:450 lid 2 N.B.W.). De Belgische rechtsleer neemt een tussenpositie in. De rechter dient met name na te gaan of de minderjarige beschikt over een voldoende niveau van onderscheidingsvermogen om toe te stemmen in de voorgenoemde medische handeling.

Een bindende minimumleeftijd voor het ondergaan van een geslachtsaanpassende operatie kan *de jure* ook niet worden vooropgesteld. Alleen in het kader van een wettelijke regeling van de medische behandelingsovereenkomst of van de patiëntenrechten kan dergelijke minimale leeftijdsgrens op bindende wijze voor alle medische behandelingen worden opgelegd. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor een absoluut verbod op het uitvoeren van een geslachtsoperatie bij minderjarigen, waarvan ik overigens - gelet op het derde (probleemgebonden) evaluatiecriterium - geen voorstander ben. In geval van betwisting van de rechtmatigheid van een geslachtsoperatie die bij een minderjarige is uitgevoerd, oordeelt de rechtbank dan ook soeverein en met inachtneming van de feitelijke omstandigheden van de zaak over de vraag of de minderjarige al dan niet het vereiste onderscheidingsvermogen heeft om toe te stemmen in de geslachtsoperatie. In de praktijk wordt echter alleen in Nederland

uiterst uitzonderlijk overgegaan tot het uitvoeren van een geslachtscorrigerende ingreep bij een minderjarige transseksueel.

410. In de Nederlandse en Belgische medische praktijk wordt echter wel aanvaard dat tijdens de minderjarigheid reeds een hormonale behandeling kan worden opgestart. In navolging van het Amsterdamse gender-team kan de leeftijd van zestien jaren hiervoor als indicatief worden vooropgesteld. De behandelende endocrinoloog mag deze beslissing echter nemen in overleg met een psycholoog of psychiater die voldoende gespecialiseerd is in de diagnosestelling bij adolescenten. Het moet bovendien vaststaan dat de adolescente transseksueel voldoende psychische stabiliteit vertoont en voldoende ondersteuning vindt in het ouderlijke milieu.

De minderjarige dient zelf en zelfstandig te beslissen om een hormonale behandeling te ondergaan, hetgeen veronderstelt dat hij daartoe ook *de facto* over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt. De ouders of de wettelijke vertegenwoordigers kunnen gelet op het hoogstpersoonlijke karakter van deze ingreep nooit in de plaats van de minderjarige beslissen. Als algemene zorgvuldigheidsnorm moet hun bijkomende toestemming in beginsel wel worden gevraagd naast die van de minderjarige zelf.

ii) DE VORM VAN DE TOESTEMMING

411. Wat de vorm van de toestemming betreft, moet *de lege lata* worden vastgesteld dat in geen enkel van de onderzochte rechtstelsels een bepaalde vormvereiste wordt verplicht gesteld. Uit deze vaststelling kan mijns inziens als richtlijn worden afgeleid dat een schriftelijke toestemming in beginsel niet als een grondvoorwaarde mag worden beschouwd. Behoudens in gevallen waarin de patiënt zelf verzoekt om de gegeven toestemming schriftelijk vast te leggen⁴⁸³, rust derhalve op de chirurg geen verplichting om van de transseksuele patiënt voorafgaandelijk een geschreven toestemming tot het ondergaan van een geslachtsoperatie te bekomen.

Dit neemt niet weg dat het voor de chirurg toch aangewezen is om een geschreven toestemming te vragen met het oog op het bewijs van de gegeven toestemming. In navolging van het Duitse recht geldt hierbij als richtlijn dat de rechter de bewijswaarde van dergelijk toestemmingsformulier vrij beoordeelt, onder meer rekening houdend met de mate waarin het formulier is geïndividualiseerd.⁴⁸⁴

⁴⁸³ Zie artikel 7:451 N.B.W : *supra*, nr. 316.

⁴⁸⁴ *Supra*, nr. 358.

c) Het recht op informatie

412. Het recht op informatie en de daarmee overeenstemmende voorlichtingsverplichting van de arts behoren tot de harde kern van de patiëntenrechten. Het raakt immers rechtstreeks aan de bescherming van de fysieke integriteit van de patiënt en hangt in dat opzicht onlosmakelijk samen met het recht op toestemming.

Van de onderzochte landen spelen Nederland en Duitsland op het vlak van het recht op informatie ongetwijfeld een voortrekkersrol. Hun regelgeving kan in het licht van het tweede systeemgebonden evaluatiecriterium dan ook als voornaamste inspiratiebron dienen bij de ontwikkeling van richtlijnen voor de Belgische rechtspraak.

413. Het verstrekken van informatie moet de transseksuele patiënt in de eerste plaats in staat stellen om op vrije en voorgelichte wijze een beslissing te kunnen nemen omtrent het al dan niet ondergaan van een geslachtsoperatie (*Selbstbestimmungsaufklärung*). In het algemeen moeten hem alle feiten en omstandigheden ter kennis worden gebracht waarvan mag worden verwacht dat een redelijk mens ze in overweging alvorens een beslissing te nemen over het al dan niet ondergaan van deze operatie. Dit aspect van de voorlichtingsplicht kan worden ontleed in drie componenten.

Vooraleer een geslachtsaanpassende behandeling wordt voorgesteld, dient de behandelende geneesheer de diagnosestelling toe te lichten in een voor de transseksuele patiënt begrijpelijke taal. Deze component stelt in de regel weinig problemen, aangezien de transseksueel in vele gevallen reeds geruime tijd het gevoel heeft te behoren tot de andere sekse, alvorens hij zich tot een arts wendt. De rol van de arts blijft dan ook meestal beperkt tot een nadere verklaring van de zelfdiagnose die bij de transseksuele patiënt leeft.

De aandacht van het behandelende gender-team dient vooral uit te gaan naar het verstrekken van informatie over de aard, de draagwijdte en de uitvoeringswijze van de geslachtsaanpassende behandeling, alsmede de procedure die wordt gevolgd bij het al dan niet toelaten van de transseksueel tot een volgende fase van de behandeling. De onderscheiden fasen van deze behandeling moeten afzonderlijk worden toegelicht door artsen die bij de desbetreffende fase betrokken zijn, elk voor wat betreft hun vakgebied. De transseksueel dient nauwkeurig te worden ingelicht over de aard van de ingrepen (hormonale behandeling, heelkundige verwijdering van organen, reconstructieve chirurgie, logopedische ingrepen, ...) die tijdens elke fase plaatsvinden. Verder moeten de behandelende geneesheren gedetailleerd omschrijven welke post-operatieve resultaten er mogen worden verwacht op esthetisch en functioneel vlak, en omgekeerd aan welke beperkingen (beperkte functionaliteit van de falloplastiek, onmogelijkheid tot transplantatie van inwendige voortplantingsorganen) de

geslachtsaanpassende operatie onderhevig is. Ook de moeilijkheden op psychisch, sociaal en familiaal vlak mogen niet onbelicht blijven. Tenslotte moet worden benadrukt dat de gevolgen van deze heelkundige ingreep in beginsel onomkeerbaar zijn en dat met name een irreversibele onvruchtbaarheid intreedt.

Tenslotte houdt de *Selbstbestimmungsafklärung* een verplichting in om de transseksueel te informeren over de normale en voorzienbare risico's en nevenwerkingen van de geslachtsaanpassende behandeling. Onder meer de bijwerkingen en de risico's van het levenslange gebruik van hormonale preparaten moeten worden beschreven.

414. In navolging van de Duitse rechtspraak mag tevens worden aanvaard dat de behandelende artsen daarnaast nog gehouden zijn om transseksuelen alle andere relevante informatie te verstrekken die noodzakelijk is voor de begeleiding van deze patiënten tijdens en na het transformatieproces. Zo mag van de endocrinoloog worden verwacht dat hij de transseksueel wijst op de noodzaak van regelmatige controles op de neveneffecten van de ingenomen hormonale preparaten, alsmede op de mogelijkheden tot psychosociale en familiale begeleiding van de transseksueel en diens familie.

415. Uit het gevoerde rechtsvergelijkende onderzoek kan tevens als richtlijn worden afgeleid dat de informatie in beginsel steeds moet worden verstrekt in een gesprek tussen de geneesheer en de patiënt.

416. Het overhandigen van een informatiefolder en/of van een gestandaardiseerd voorlichtings- en kan geenszins een vertrouwelijk gesprek tussen geneesheer en patiënt vervangen. Zelfs een omstandig, verstaanbaar en geïndividualiseerd toestemmingsformulier levert op zichzelf geen voldoende bewijs op dat de geneesheer zijn informatieverplichting is nagekomen.

De zorgvuldigheidsnormen die door de Belgische, Nederlandse en Duitse medische praktijk werden ontwikkeld, raden de behandelende artsen niettemin aan om gebruik te maken van een informatie- en toestemmingsformulier waaruit onder meer blijkt dat de patiënt zijn instemming heeft gegeven met de irreversibele sterilisatie. Dit document vervult tevens een ondersteunende functie bij de informatieverstrekking en dient daarom op geïndividualiseerde en omstandige wijze de gevolgde behandelingsmethode, de verwachte post-operatieve resultaten en mogelijke risico's te beschrijven in een taal die voor de betrokken patiënt begrijpelijk is. Dit formulier kan nog worden aangevuld door informatiebrochures.

4. Het naleven van de regels van de kunst

a) Algemeen

417. In elk van de onderzochte rechtsstelsels wordt benadrukt dat een chirurg bij het uitvoeren van een heelkundige ingreep de beginselen en methoden moet in acht nemen die ten tijde van deze medische handeling door de wetenschap en de bestaande standaardnormen worden erkend.

Vermits deze vereiste leidt tot een incorporatie van de door de medische professie uitgewerkte zorgvuldigheidsnormen en behandelingsprotocollen in de juridische beoordeling van het medische handelen, is de rechter genoodzaakt zich te begeven op een voor hem onbekend terrein van de gespecialiseerde medische behandeling van transseksuele personen. Het is daarom aangewezen dat de rechter naast het bevelen van de overlegging van de relevante aanbevelingen en protocollen, ook een deskundige aan te stellen ten einde deze regels en de toepassing ervan op het concrete geval toe te lichten.

b) Bijkomende vereisten voortvloeiend uit de regels van de kunst

i) DE ZORGVULDIGHEIDSNORM INZAKE DE DIAGNOSESTELLING EN DE THERAPEUTISCHE BESLISSINGEN

418. Als algemeen uitgangspunt van de onderzochte medisch-professionele regels en behandelingsprotocollen geldt in de eerste plaats dat de diagnosestelling (en de latere behandeling) slechts efficiënt kan gebeuren binnen een gespecialiseerd medisch centrum door een multidisciplinair team, dat onder meer dient te bestaan uit een psycholoog, een psychiater, een endocrinoloog en een plastisch chirurg.

Tijdens de diagnostische fase moet in elk geval een differentiële diagnose plaatsvinden om transseksuelen te onderscheiden van personen met een aanverwante problematiek. Alleen transseksuelen (en interseksuelen) komen in aanmerking voor het ondergaan van een geslachtsaanpassende behandeling. Tevens is een uitgebreid lichamelijk onderzoek vereist.

Tenslotte worden een aantal criteria naar voren geschoven, waaraan een transseksueel in elk geval moet voldoen om in aanmerking te komen voor een geslachtsaanpassende behandeling. Vereist wordt dat de patiënt een extreme vorm van onbehagen en disharmonie voelt met zijn eigen anatomie, alsmede dat de patiënt de wens uit om door het ondergaan van hormonale en heelkundige ingrepen bevrijd te worden van de eigen genitalia en aldus ook te kunnen leven

als een persoon van de andere sekse. Deze wens moet ten minste twee jaren onafgebroken en duurzaam bestaan.

419. Vooraleer een beslissing wordt genomen om over te gaan tot het opstarten van een therapie of het uitvoeren van een heelkundige ingreep, dient telkens uitgebreid overleg te worden gepleegd tussen de leden van het gender-team. Elke beslissing moet op gemotiveerde wijze worden genomen en op een gedetailleerde wijze schriftelijk worden vastgelegd.

Voorafgaand aan de operatieve ingreep moet de transseksueel in elk geval met succes de *two-year real life* test hebben doorlopen gedurende ten minsten achttien maanden. Tijdens deze periode moet een verplichte begeleiding door een psychiater of een psycholoog worden opgelegd.

ii) DE BEHANDELING VAN GEHUWDE TRANSSEKSUELEN

420. De huwelijkse staat vormt geen beletsel voor de geslachtsaanpassende behandeling. De arts moet geen toestemming bekomen van de huwelijkspartner van de transseksueel.

Wel mag de huwelijkse staat worden beschouwd als een mogelijke risicofactor voor het welslagen van de behandeling. Bovendien rust op de leden van het behandelende gender-team op zijn minst de verplichting om de transseksueel te wijzen op de noodzaak van psychologische begeleiding en ondersteuning van de partner.

iii) DE VEREISTE VAN DE KINDERLOOSHEID

421. Het feit dat de transseksueel kinderen heeft verwekt of gebaard, verhindert op zichzelf niet dat hij een geslachtsaanpassende behandeling mag ondergaan. Ook deze omstandigheid dient te worden opgenomen in de lijst van risicofactoren.

Aangezien de kinderen een zeer kwetsbare positie bekleden, zou aan de transseksueel tevens de verplichting kunnen worden opgelegd om mee te werken aan de noodzakelijke psychologische begeleiding en ondersteuning van zijn kinderen.

C. De strafrechtelijke kwalificatie van de hormonale behandeling

422. In het Belgische, Franse en Duitse strafrecht bestaat theoretisch de mogelijkheid dat een endocrinoloog strafrechtelijk wordt vervolgd op grond van een bijzonder misdrijf dat bestaat

in het toedienen van schadelijke stoffen.⁴⁸⁵ Hormonen kunnen immers zonder twijfel als schadelijke stof worden gekwalificeerd.

In deze rechtsstelsels wordt evenwel vereist dat de schadelijke neveneffecten zich daadwerkelijk manifesteren en leiden tot een aantasting van de fysieke (België en Frankrijk) of psychische integriteit (Frankrijk). Bovendien mag worden aangenomen dat ook een endocrinoloog zich mag beroepen op de toelating van de wet. Tenslotte ontbreekt naar Frans recht ook de rechtens vereiste intentie om de gezondheid van de transseksueel te schaden. Deze laatste reden belet ook naar Duits recht dat een endocrinoloog wordt gestraft op grond van § 229 StGB dat voorziet in de strafbaarstelling van het toebrengen van lichamelijk letsel door de toediening van schadelijke stoffen.

423. In Nederland wordt het toedienen van schadelijke stoffen beschouwd als een strafverzwarende omstandigheid van het misdrijf “mishandeling”. Dit betekent in de praktijk dat de endocrinoloog in voorkomend geval zwaarder bestraft zou kunnen worden dan zijn collega-chirurg, ook al hebben beiden samengewerkt als lid van hetzelfde gender-team in het kader van de geslachtsaanpassende behandeling die de transseksuele patiënt heeft ondergaan.

424. Het bestaande artikel 421 Sw. volstaat mijns inziens ruimschoots om - voor zoveel als nodig - het toedienen van geslachtshormonen te bestraffen. Noch in België, noch in de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels kon in de gepubliceerde rechtspraak immers een rechterlijke beslissing worden teruggevonden waarin het toedienen van hormonale preparaten in het kader van een aanpassing van de lichamelijke geslachtskenmerken effectief heeft geleid tot de strafrechtelijke veroordeling van een arts.

⁴⁸⁵ Alleen in Frankrijk werden ook daadwerkelijk vervolgingen opgestart. Tot op heden werd echter nog geen enkele veroordeling uitgesproken. Zie *supra*, nr. 264.